Série A, N° 83.

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

ÉTUDE

SUR

LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'INDIVISION EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue

PAR

Jean GAUDEMET

LICENCIÉ ÈS LETTRES
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE STRASBOURG (1928, 1929, 1930)
PRIX DE WITT-GUIZOT 1928

Président : M. DUQUESNE, *Doyen de la Faculté de Droit.*

Suffragants { MM. CHAMPEAUX, *Professeur.*
LE BRAS, *Professeur à la Faculté de droit de Paris.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e

1934

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552728_0056

Série A, N° 83.

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

ÉTUDE

SUR

LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'INDIVISION EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue

PAR

Jean GAUDEMET

LICENCIÉ ÈS LETTRES
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE STRASBOURG (1928, 1929, 1930)
PRIX DE WITT-GUIZOT 1928

Président : M. DUQUESNE, *Doyen de la Faculté de Droit.*

Suffragants { MM. CHAMPEAUX, *Professeur.*
LE BRAS, *Professeur à la Faculté de droit de Paris.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, *Rue Soufflot, PARIS, 5e*

1934

*37079

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE
MON PÈRE

A MA MÈRE

BIBLIOGRAPHIE (1)

A. — SOURCES

1° Textes juridiques.

Basilicorum libri XL... ed. G.-E. Heimbach...; Lipsiae, 1833-1870, 6 vol.

Supplementum... illustrav. Zachariae a Ligenthal; Lipsiae, 1846; Editionis Basilicorum... supplementum alterum... ed. Ferrini, Mercati; Lipsiae, 1897.

Bremer. — *Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt;* Lipsiae, 1896-1901, 3 vol.

Bruns. — *Fontes Juris romani antiqui,...* Septimum ed. O. Gradenwitz; 1 : Leges. — 2 : Negotia. — Index; Tubingae, 1909-1912 (= Bruns : *Fontes*).

Codicis Gregoriani et Codicis Hermogeniani fragmenta, ed. Haenel, 1837.

Corpus Juris Civilis. — I : *Institutiones*, recogn. P. Krueger; *Digesta*, recogn. Th. Mommsen, retract. P. Krueger; ed. stereot. 15, Berolini, 1928. — II : *Codex Justinianus*, recogn. P. Krueger; ed. stereot. 10, Berolini, 1929. — III : *Novellae*, recogn. R. Schoell, absolv. Gu. Kroll; ed. stereot. 5, Berolini, 1928.

Digesta Justiniani Augusti, recogn. Th. Mommsen; 2 vol., Berolini, 1866-1870.

Gaï Institutionum commentarii quattuor, separatim ex Jurisp. antejust. reliquiis... sextum ed. B. Kuebler; Lipsiae, 1928.

(1) La présente bibliographie ne prétend ni mentionner tous les ouvrages utilisés, ni se limiter aux seuls travaux cités au cours du volume. Son objet est de faire connaître ceux qui ont le plus d'intérêt pour notre étude et de préciser les références données en notes.

GIRARD, P.-F. — *Textes de Droit romain*; 5e éd., Paris, 1923 (= Girard : *Textes*).

HUSCHKE. — *Jurisprudentia antejustiniana;* 6e éd. Seckel et Kuebler, Lipsiae, 1908-1927, 3 vol. parus.

HEIDELBERGER INDEX ZUM THEODOSIANUS. — Unter der Leitung v. Gradenwitz; Berolini, 1925.

Ergänzungsband zum Heidelberger Index; Berlin, 1930.

INSTITUTIONUM PARAPHRASIS Theophilo... tributa, ed. Ferrini, 1884.

LEVY, E. — *Ergänzungsindex zu Jus und Leges;* Weimar, 1930.

MOMMSEN-KRUEGER-STUDEMUND. — *Collectio Librorum Juris antejustiniani*, I, 5e éd., 1905; II, 1870; III, 1890.

PALINGENESIA JURIS CIVILIS... disposuit Otto Lenel; Lipsiae, 1889, 2 vol.

THEODOSIANI LIBRI XVI *cum Constitutionibus Sirmondianis et Leges Novellae ad Theodosianum pertinentes...* ed. Th. Mommsen et P. Meyer; Berolini, 1905, 2 tomes en 3 vol.; L. I-VIII, ed. Krueger, 1923-1926.

THESAURUS LINGUAE LATINAE. — Editus auctoritate et consiliis Acad. quinque Germanic.; Lipsiae, 1890 sq.

VOCABULARIUM CODICIS JUSTINIANI. — *Pars latina*, ed. Mayr, Pragae, 1923; *Pars graeca*, ed. Mariani San Nicolo, Lipsiae, 1925.

VOCABULARIUM JURISPRUDENTIAE ROMANAE, ed. jussu Inst. Savigniani; Berolini, 1894 sq.

ZANZUCCHI, P. — *Vocabulario delle Istituzioni di Gaio;* Milano, *s. d.*

2° Textes épigraphiques.

CORPUS INSCRIPTIONUM LATINARUM (= C. I. L.).

DESSAU. — *Inscriptiones Latinae selectae;* Berolini, 1892-1914, 4 vol. (= Dessau).

3° Textes papyrologiques.

a) *Collections de textes.*

ÄGYPTISCHE URKUNDE AUS DEN MUSEEN ZU BERLIN, hrsg. v. der Generalverwaltung, Griechische Urkunden, 1895 sq. (= *B. G. U.*).

THE AMHERST PAPYRI by Grenfell-Hunt (= *P. Amh.*).

CORPUS PAPYRORUM RAINERI, hrsg. v. Wessely; Wien, 1895 (= *C. P. R.*).

ELEPHANTINE-PAPYRI, bearbeitet v. Rubensohn...; Berlin, 1907 (= *P. Eleph.*).

Fayum Towns and their Papyri by Grenfell-Hunt-Hogarth; London, 1900 (= *P. Fay.*).

Papiri greco-egizii, publicati dalla R. Academia dei Lincei, sotto la direz. di Comparetti e Vitelli; Milano, 1900 sq. (= *P. Fior.*).

Les papyrus de Genève, transcrits et publiés par Nicole; Genève, 1896-1906.

Griechische Papyri im Museum des Oberhessischens Geschichtsvereins zu Giessen, im Verein m. O. Eger hrsg. u. erklärt v. Kornemann u. P. Meyer; Leipzig, 1910-1912 (= *P. Giss.*).

Griechische Papyrusurkunden der Hamburger Stadtbibliothek, hersg. u. erklärt v. P. M. Meyer; Leipzig, 1911 sq. (= *P. Hamb.*).

Griechische Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig, hersg. v. Mitteis; Leipzig, 1906 (= *P. Lips.*).

Greek papyri in the Britisch Museum...; London, 1893 sq. (= *P. Lond.*).

The Oxyrinchus Papyri..., ed. by Grenfell-Hunt; Oxford, 1898 sq. (= *P. Oxy.*).

Catalogue of the Greek Papyri in the J. Rylands Library; Manchester, 1915 (= *P. Ryl.*).

Pubblicazioni della Società italiana per la ricerca dei Papyri...; Firenze, 1912 sq. (= *P. S. I.*).

P. S. I., n° 1182 : Frammenti di Gaio, — a cura di V. Arangio-Ruiz, estr. dal vol. XI; Firenze, 1933 (= *P. S. I., n° 1182*).

Griechische Papyrus der Kaiserlichen Universitäts-und Landesbibliothek zu Strassburg, hersg. v. Preisigke; Leipzig, 1912 (= *P. Strasb.*).

The Tebtunis Papyri, Part. I, ed. by Grenfell-Hunt-Smyly; London, 1912; Part. II, ed. by Grenfell-Hunt-Goodspeed; London, 1907 (= *P. Teb.*).

b) *Recueils divers.*

Gradenwitz. — *Einführung in die Papyruskunde*, 1 Heft, Leipzig, 1900.

Meyer, P. — *Juristische Papyri* : Erklärung der Urkunden...; Berlin, 1920.

Mitteis-Wilcken. — *Grunzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*; Leipzig, 1912, 4 vol.

Preisigke, F. — *Fachwörter des offentlichen Verwaltungsdienstes Ägyptens* in den griechischen Papyrusurkunden der Ptolemäisch-römischen Zeit; Göttingen, 1915.

— *Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden*, hersg. v. Kiessling; Berlin, 3 vol., 1925-1931.

B. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

1° Commentateurs anciens.

Codex Theodosianus *cum perpetuis commentariis* Jacobi Gothofredi, ed. Ritter; Lipsiae, 1736-1745, 7 vol.

Jacobi Cujacii *Opera omnia*, ad Parisiensem Fabrotianam editionem digent. exacta; Venetiis, 1758-1783, 11 vol.; Promptuarium... auct. D. Albanensis, 1795, 2 vol.

Hugonis Donelli *Opera omnia*; Lucae, 1762, 12 vol.

Anton. Fabri... *Conjecturarum juris civilis libri viginti...*; Coloniae Allobrogum, 1630.

— *Rationalia in Pandectas...* edit. noviss.; Lugduni, 1659-1663, 5 vol.

2° Ouvrages modernes.

Accarias. — *Précis de droit romain*; 4e éd., Paris, 1886-1891, 2 vol. (= *Droit romain*).

Arangio-Ruiz, V. — *Istituzioni di diritto romano*; 2e éd., Neapoli, 1927 (1) (= *Istit.*).

Beseler, G. — *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*; Tübingen, 1910-1931, 5 vol. (= *Beiträge*).

Bonfante, P. — *Corso di diritto romano*; I : Diritto di famiglia, Roma, 1925; II : La proprietà, 2 vol., 1926-1928; VI : Le successioni, parte generale, Citta di Castello, 1930 (= *Corso*).

— *Storia del diritto romano*, 2 vol., Roma, 1933.

— *Histoire du droit romain*, traduite sur la 3e éd. par MM. J. Carrère et Fr. Fournier, Paris, 1928, 2 vol.

— *Istituzioni di diritto romano*; 9e éd., Milano, 1932 (= *Istit.*) (2).

Cornil, G. — *L'ancien droit romain. Le problème des origines*; Bruxelles, Paris, 1930.

Costa, E. — *Storia del diritto romano* privato dalle origini alle compilazioni giustinianee; 2e éd., Torino, 1925 (= *Storia*).

Cuq, E. — *Manuel des Institutions juridiques des Romains*; 2e éd., Paris, 1928 (= *Inst. jur.*).

Lenel, O. — *Das Edictum perpetuum*; 3e éd., 1927 (= *Edictum*).

(1) Une 3e éd. vient de paraître (1934), que nous n'avons pu consulter.

(2) Une 10e éd. a paru en 1933, que nous n'avons pu consulter.

Giffard, A. — *Précis de droit romain*, 2 vol., Paris, 1934.

Girard, P.-F. — *L'organisation judiciaire chez les Romains*, t. I (seul paru), Paris, 1901 (= *Org. jud.*).

— *Manuel élémentaire de Droit romain*; 8e éd. revue et corrigée par M. Senn; Paris, 1929 (= *Manuel*).

Glück. — *Ausfürliche Erläuterung der Pandecten*, t. XI, 1809.

Huvelin. — *Cours élémentaire de Droit romain*, publié par M. Monier; Paris, 1927-1929, 2 vol.

Ihering, R. von. — *L'esprit du Droit romain*, trad. par O. de Meulenaere; 3e éd., Paris, 1886-1888, 4 vol.

Jörs, P. — *Römisches Recht. Geschichte und System des römischen Privatrechts* (Encyclop. d. Rechts-Staatswissensch... hgb. E. Kohlreusch und W. Koeskel); Berlin, 1927 (= *Römisches Recht*).

Karlowa, O. — *Römische Rechtsgeschichte;* Leipzig, 1885-1902, t. I, II, fasc. 1, 2, 3 (= *R. R. G.*).

Kniep. — *Gai Institutionum commentarii quattuor;* Iena, 1911-1913.

Mitteis. — *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians;* Leipzig, 1908, t. I, seul paru.

Mommsen, Th. — *Le Droit public romain* (dans le *Manuel des antiquités romaines*), trad. par P.-F. Girard; Paris, 1891-1896, 7 vol. (= *Droit public*).

Pernice, A. — *M. Antistius Labeo; das römische Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit;* Halle, t. I (1873), II, 1 (2e éd., 1895); II, 2 (2e éd., 1900); III, 1 (1892) (= *Labeo*).

Perozzi. — *Istituzioni di diritto romano;* 2e éd., Roma, 1928, 2 vol. (= *Istit.*).

Siber, H. — *Römisches Recht im Grundzüge für die Vorlesung;* Berlin, 1928, 2 vol.

Windscheid. — *Lehrbuch des Pandektenrechts;* 9. Auf. v. Th. Kipp; Francfurt a. Main, 3 vol., 1906.

3° Dictionnaires, Index, Recueils divers.

Dictionnaire des antiquités grecques et romaines... rédigé... sous la direction de Daremberg et Saglio; Paris, 1877-1919, 10 vol. (= *Dictionnaire de Daremberg et Saglio*).

Paulys real encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft, neue Bearbeitung begonnen von G. Wissowa... hgb. von W. Kroll und K. Mittelhaus; Stuttgart, 1894 sq. (= Pauly-Wissowa, *Real Encyclopädie*).

Ernout et Meillet. — *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, histoire des mots; Paris, 1932 (= *Dict. étym.*).

Heumann. — *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9. Aufl. bearbeitet v. E. Seckel; Iéna, 1907 (= Heumann-Seckel).

Index interpollationum, quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur. Editionem ab L. Mitteis incohatam ab aliis viris doctis perfectam curaverunt E. Levy, E. Rabel; Weimar, t. I, II (1929-1931); Supplementum I (1929) (= *Index interp.*).

Guarneri Citati, A. — *Indice delle parole, frase e costrutti ritenuti indizio di interpolazioni nei testi giuridici romani*; 2e éd., Milano, 1927.

Merguet. — *Lexicon zu den Reden des Cicero*; 5 vol., Iéna, 1877-1893. — *Handlexicon zu Cicero*; Leipzig, 1906.

4° Revues.

Annali del Seminario giuridico della R. Universita di Palermo (= *Ann. di Palermo*).

Archiv für Papyrusforschung und verwandte Gebiete, hrsg. von U. Wilcken; Leipzig, 1900 sq.

Archivio giuridico.

Bullettino dell'Istituto di diritto romano (= *B. Ist. D. R.*).

Il Filangieri; Rivista giuridica, dottrinale e pratica (= *Filangieri*).

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (= *Krit. Vierteljahrsschrift*).

Nouvelle revue historique de droit français et étranger (= *N. R. H. D.*); depuis 1922 : *Revue historique de droit français et étranger* (= *R. H. D.*).

Rivista di diritto commerciale (= *Riv. dir. com.*).

Rivista italiana per le scienze giuridiche (= *Riv. it. Sc. giur.*).

Studi nelle scienze giuridiche e sociali publicati dell'Istituto di Esercitazioni presso la Facoltà di giurisprudenza... di Pavia (= *Studi... di Pavia*).

Tijdschrift voor Rechtgeschiedenis (= *Tijdschrift*).

Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Romanistiche Abteilung (= *Z. S. St.*).

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (= *Zeitschrift f. vgl. Rechtswissensch.*)

5° Histoire.

Collection : Histoire générale, publiée sous la direct. de G. Glotz.

Glotz et Cohen. — *Histoire grecque*; 2 vol. (Paris), 1925-1929.

E. Païs et J. Bayet. — *Histoire romaine, Des origines à l'achèvement de la conquête* (133 av. J.-C.); Paris, 1926.

G. Bloch et J. Carcopino. — *La République romaine*; Paris, 1929.

Collection : L'évolution de l'Humanité, dirigée par H. Berr.

Homo, L. — *L'Italie primitive et les débuts de l'impérialisme romain*; Paris, 1925.

Toutain, J. — *L'économie antique*; Paris, 1927.

Lot, F. — *La fin du monde antique et le début du Moyen âge*; Paris, 1927.

Diehl, Ch. — *Justinien et la civilisation byzantine au VI^e siècle*; Paris, 1901.

Frank, Tenney. — *An economic history of Rome to the end of the Republic*; 2e éd., Baltimore, 1927.

Païs, E. — *Storia dell' Italia antica*; Roma, 2 vol., 1925.

Piganiol. — *L'Empereur Constantin*; Paris, 1932.

Rostovtzeff, M. — *Gesellschaft und wirtschaft im römischen Kaiserreich*; 2 vol., Leipzig, 1930.

Sinaïski, V. — *La cité quiritaire*; Publ. de l'Univ. Latvienne, t. VII, X, XV; Riga, 1923, 1924, 1926.

C. — OUVRAGES SPÉCIAUX

1° Droit romain (1).

Albertario, E. — *Appunti sul condominio di sepolcro nel diritto romano* (Filangieri, t. XXXV (1910), p. 848-863).

— *Justum Pretium e justa aestimatio* (B. Ist. D. R., t. XXXI (1921), p. 1-19).

— *Lo svolgimento storico dell' actio communi dividundo in rapporto alla legittimazione processuale* (Studi di Pavia, t. II (1913), p. 73-104).

Arangio-Ruiz, V. — *Ancora sulle Res Cottidianae* (Studi in onore di P. Bonfante, t. I (1930), p. 493-521).

— *Appunti sui giudizii divisorii* (Riv. it. Sc. giur., t. LII (1913), p. 223-242) (= *Appunti*).

(1) Nous faisons également figurer ici les ouvrages traitant du droit particulier à une région de l'Empire.

— *D. 44, 7, 25, 1 e la classificazione Gaiana delle fonti di obbligazione* (Mél. Cornil, t. I, p. 81-97).

— *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius* (Extr. de la Revue Al Quanoun wal Iqtisad, publiée par les prof. de la Fac. de Droit (de l'Université égyptienne), t. IV (1934), p. 65-86) (1).

— *Lineamenti d. Sist. contratual. nel diritto dei papyri* (Public. della Univ. catol. del Sacro Cuore, Milano, 1927).

— *Persone e famiglia nel diritto dei Papyri* (eod., 1930).

— *Societas re contracta e communio incidens* (à paraître dans les Studi Riccobono).

Arno, C. — *Le « magnae varietates » in tema di lex Aquilia e di « concursus actionum »* (Studi Riccobono, t. II, p. 171-185).

Audibert, A. — *L'évolution de la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo* (Ext. des Mélanges Appleton, Ann. de l'Université de Lyon, 1903).

— *Nouvelle étude sur la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo* (N. R. H. D., 1904, p. 273-305; 401-439; 649-697).

Berger, A. — *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden*; Leipzig, 1911.

— *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*; Weimar, 1912.

C. R. : Audibert : N. R. H. D., 1914, p. 642-650; Biondo Biondi : B. Ist. D. R., t. XXV (1912), p. 267-272; Fehr : Z. S. St., 1912, p. 576-582; Kübler : Krit. Vierteljahrsschrift, t. LII (1914), p. 37-46.

Beseler, G. — *Romanistiche Studien : Unteilbare Obligationen* (Z. S. St., t. XLVI (1926), p. 84-104).

— *Peculium duplicis juris* (Z. S. St., t. L (1930), p. 40-65).

Betti. — *Fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione* (Archivio giur., t. XCIII (1925), p. 265-318).

Biondo Biondi. — *Judicia bonae fidei* (Ann. di Palermo, t. VII, 1918).

— *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane* (Extr. des Ann. di Perugia, t. II, 1913).

— *Le actiones noxales nel diritto romano classico* (Ann. di Palermo, t. X, 1925).

Boak. — *Two contracts for division of Property from Graeco-Roman-Egypt* (Transactions and proceedings of the American philological Association, t. LII (1921), p. 82-95).

Bonelli, G. — *Personnalità e Communione* (*Riv. dir. com.*, 1913, I, p. 733-751).

(1) Cf. également : *supra*, *P. S. I.*, n° *1182*.

Bonfante, P. — *La Solidarita classica delle obbligazioni indivisibili* (Extr. de l'Archivio giur., 1921, p. 144-149 = Scr. giur., t. III, p. 368-375).

— *I poteri della maggioranza e i diritti del singolo nell' amministrazione della cosa commune* (Scr. giur., t. III, p. 485-493).

— *Il jus adcrescendi nel condominio* (Extr. des Rendic. dell' Ist. Lombardo, t. XLVI (1913), p. 831-844 = Scr. giur., t. III, p. 434-453).

— *Il jus prohibendi nel condominio; esegesi ed ipotesi* (Extr. du même vol., p. 665-694 = Scr. giur., t. III, p. 382-433).

— *Il regime positivo e le costruzioni teoriche nel condominio* (Extr. du B. Ist. D. R., t. XXV (1912), p. 196-220 = Scr. giur., t. III, p. 454-484).

— *L'azione autonoma del condomino* (Extr. de la Riv. dir. com., t. XI, 2 (1913), p. 882 sq. = Scr. giur., t. III, p. 496-504).

— *Postilla* (Riv. dir. com., 1913, p. 602-618).

— *Rapporto tra la communione e la societa* (Riv. dir. com., t. XV, 2 (1917), p. 74-77).

Borettini, L. — *Societas e communio* (Riv. it. Sc. giur., t. VII (1932), p. 458-475).

Boyé, A. — *Le droit romain et les papyrus d'Egypte* (Egypte contemp., t. XX, p. 529-559).

Branca, G. — *Il regime degli atti di disposizione materiale nel condominio romano classico* (Riv. it. Sc. giur., t. VI (1931), p. 215-280; VII (1932), p. 248-280).

Brini. — *L'abandono nella communio; Di sui Digesti, fr. 3, D. 41, 7 e fr. 36, D. 45, 3* (Rendiconti delle sessione dalla R. Ac. delle sc. dell' Ist. di Bologna, cl. di sc. morali, S. II, vol. 8, 1923-1924).

Brugi, B. — *L'ambitus e il paries communis* (Riv. it. Sc. giur., t. IV (1887), p. 161-212; 369-407).

Buckland, W. — *The roman Law of Slavery, the condition of the Slave in private Law from Augustus to Justinian*; Cambridge, 1908.

Carcopino, J. — *Decumani, note sur l'organisation des Sociétés de publicains* (Mél. d'arch. et d'hist., 1905, p. 401-442).

Carnelutti, Fr. — *Personnalita giuridica e autonomia patrimoniale nella società e' nella communione* (Riv. dir. com., 1913, I, p. 86-127).

Collinet, P. — *Études historiques sur le Droit de Justinien*, t. I, II, IV; Paris, 1912-1932.

— *Le rôle de la doctrine et de la pratique dans le développement du Droit privé romain au Bas-Empire.* Essai de mise au point de la controverse (R. H. D., 1928, p. 551-583; 1929, p. 5-35).

— *Les vestiges de la solidarité familiale dans le droit romain* (Mél. G. Glotz, t. I, p. 249-256).

— *Les Nouveaux fragments des Institutes de Gaius* (*P. S. I. 1182*) (R. H. D., 1934, p. 96-113).

Costa, E. — *Cicerone giurisconsulto*, 2e éd., 1927-1928.

— *Il diritto privato Romano nelle comedie di Plauto*; Torino, 1890.

Cuq, E. — *Une statistique des locaux affectés à l'habitation dans la Rome impériale* (Extr. des Mém. de l'Ac. des Insc. et Belles-Lettres, t. XL, 1915).

Del Chiaro, E. — *Le contrat de société en droit romain sous la République et au temps des jurisconsultes classiques*, Th. Nancy, 1928 (= *Contrat de société*).

Dietz. — *Zur Lehre von Mitheigenthume*; Leipzig, 1888.

Duquesne, J. — *Les patrimoines collectifs en droit romain*, Cours de Pandectes, Strasbourg, 1932-1933 (= *Cours de doctorat, Strasbourg*, 1932-1933).

Ein, E. — *Le azioni dei condomini* (B. Ist. D. R., t. XXXIX (1931), p. 73-294).

Eisele, Fr. — *Zur Lehre von Miteigenthum* (Archiv f. d. civ. Praxis, t. LXIII (1880), p. 27-71).

Fadda, C. — *Consortium, Collegia magistratuum, Communio* (Studi in onore di B. Brugi, p. 139-150).

Fitting, H. — *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*; 2e éd., 1908 (= *Alter und Folge*).

Francisci (de), P. — Συναλλαγμα, Storia e dottrina dei cosidetti contratti innominati; Pavia, 2 vol., 1913-1916.

Frezza, P. — *Actio communi dividundo* (Riv. it. Sc. giur., t. VII (1932), p. 3-142).

— *Il consortium ercto non cito e i novi framenti di Gaio* (Riv. di filologia, XII, fasc. 1, Marzo 1934).

Guarneri Citati, A. — *Studi sulle obbligazioni indivisibile nel diritto romano* (Ann. di Palermo, t. IX (1921), et Palermo, 1921).

Hägerström, A. — *Der römische Obligationsbegriff* im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung; Uppsala-Leipzig, 1927, t. I.

Hesse. — *Beiträge z. Lehre von der Mitheigentum und Communio* (Archiv für d. Pr. R. Wiss., N. F., t. IV, p. 867 sq.).

Huvelin, P. — *Etudes d'histoire du droit commercial romain*, publiées par M. H. Lévy-Bruhl; Paris, 1929.

— *Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain*; t. I, Les Sources; Ann. de l'Univ. de Lyon, N. S. II, Dr. Lett., fasc. 29, 1915.

Kalb, W. — *Das Juristenlatein*, 2e éd., 1888.

Kamphuisen, P.-W. — *La garantie d'éviction en droit romain hors du contrat de vente* (R. H. D., 1927, p. 607-650).

Kerr Wylie. — *Studies in roman Law*, I : *Solidarity and Correality*, 1923 (avec le C. R. de M. Duquesne : R. H. D., 1926, p. 315-322).

Kniep, F. — *Societas Publicanorum*; Iéna, 1896.

Kornemann, E. — *Elterliche Teilung für den Todesfall* (Archiv f. Papyrusforsch, t. X (1932), p. 213-215).

Korošec, V. — *Novi odlomki Gajevih institueij* (*P. S. I. 1182*). De Novis Gai Institutionum fragmentis (Ponatis iz Zbornika znanstrenih nazpraz pravne fakultate, X, Ljubljana, 1934).

Kreller, H. — *Erbrechtliche Untersuchungen* auf Grund der Gräko-ägyptischen Papyrusurkunden; Leipzig-Berlin, 1919 (avec les C. R. de MM. Schwartz : Z. S. St., 1920, p. 340-354; San Nicolo : Zeit. f. vgl. Rechtswissensch., t. XXXIX, 1921).

Krüger. — *Geschichte der Quellen und der Litteratur des römischen Rechts*; 2e éd., 1912 (= *Geschichte der Quellen*; nos citations se réfèrent également à la traduction française faite sur la première édition allemande : *Histoire des Sources du Droit romain*, trad. Brissaud; Paris, 1894 = *Histoire des Sources*).

Kübler. — *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klas. röm. Recht* (Berliner Festschrift f. Gierke, t. II, 1910, p. 235-275).

Kunkel. — *Diligentia* (Z. S. St., t. XLV (1925), p. 266-351).

La Pira, G. — *La successione ereditaria intestata e contra il testamento in diritto romano*; Pubbl. d. R. Univ. degli st. di Firenze, Facolta di giurisp., III, 1930.

Le Bras, G. — *L'évolution générale du procurateur des origines au IIIe siècle*; Th. Paris, 1922.

Lepointe, G. — *Quintus Mucius Scaevola*, t. I : *Sa vie et son œuvre juridique. Ses doctrines sur le droit pontifical*; Th. Paris, 1926.

Levy, E. — *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*; 2 vol., Berlin, 1918-1922 (= *Konkurrenz*).

— *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius* (Z. S. St., t. LIV (1934), p. 258-311).

Lévy Bruhl, H. — *Prudent et Préteur* (R. H. D., 1926, p. 1-39).

Longo, C. — *Sopra alcune generalizzazioni giustinianee in materia di giudizii di buona fide* (Studi Moriani, t. I, 1906, p. 192-208).

Macqueron, J. — *La controverse classique sur le « jus adcrescendi » en matière d'affranchissement* (R. H. D., 1929, p. 580-600).

Manenti. — *Concetto della communio relativamente alle cose private, alle pubbliche e alle communes omnium* (Filangieri, t. XIX, 1894).

Mayr, R. — *Praestare* (Z. S. St., t. XLII (1921), p. 198-227).

Michon, L. — *La succession « ab intestat » d'après les XII Tables* (R. H. D., 1921, p. 119-164).

— *Autour des origines légales de l'agnation externe* (Mél. de droit romain dédiés à G. Cornil, 1926, t. II, p. 111-137).

Mitteis, L. — *Reichsrecht und Volksrecht in den römischen Provinzen des römischen Kaiserreichs*; Leipzig, 1891.

— *Über die Freilassung durch den Teileigentümer eines Sklaven* (Archiv f. Papyrusforsch., t. III (1906), p. 252-256).

Monier, R. — *Les Nouveaux fragments des Institutes de Gaius (P. S. I., n° 1182) et leur importance pour la connaissance du droit romain*; Paris, 1933 (= *Nouv. fragm.*).

Pernice, A. — *Parerga*, I : *Zum römischen Gesellschaftsvertrage* (Z. S. St., t. III (1882), p. 48-103).

— *Parerga*, IX : *Der privatrechtliche Standpunkt in der Lehre der römischen Juristen* (Z. S. St., t. XIX (1898), p. 171-176).

Perozzi, S. — *Condominio e Collegialità negli scritti di due miei censori* (Riv. dir. comm., 1913, I, p. 564-602).

— *Saggio critico sulla teoria della comproprietà* (Filangieri, t. XV, 1890).

— *Un paragone in materia di comproprietà* (Mél. Girard, t. II, 1912, p. 355-386).

Poggi. — *Il contratto di Societa in diritto romano classico*; Torino, 1930.

Poisnel. — *Recherches sur les sociétés universelles chez les Romains* (N. R. H. D., 1879, p. 429-462; 531-569).

Pringsheim, Fr. — *Animus in « Roman Law »* (Law quarterly Review, 1933, p. 43-60, 379-412).

Rabel, E. — *Elterliche Teilung* (Festschrift zur 49. Versammlung deuts. Philol. u. Schulmänner, Basel, 1907).

Rechnitz, W. — *Studien zu Salvius Julianus*: Weimar, 1925 (avec le C. R. de M. Fraenkel, Z. S. St., t. XLVII (1927), p. 397-414).

Riccobono, S. — *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, a proposito del fr. 14, D. X, 3, Paulus, III ad Plautium (Ann... di Palermo, t. III-IV (1917), p. 165 sq.).

— *Dalla communio del diritto quiritario alla comproprietà moderna* (Essays in legal history, edited by Vinogradoff, Oxford, 1913, p. 33-119) (= *Communio*).

— *La destinazione del patre di famiglia* (Riv. it. Sc. giur., t. XXI (1896), p. 380-421).

Rotondi, G. — *La Cost. 1 C. Just. 7, 7 e la « manumissio » del « servus communis » nel diritto orientali* (Scr. giur., t. III, 1922, p. 60-77).

— *La derelictio servi nel diritto giustinianeo ultimo* (*eod.*, p. 25-37).

— *La manumissio del servus communis nel diritto romano classico* (*eod.*, p. 78-93).

Rümelin. — *Die Theilung der Rechte;* Freiburg, 1883.

Salvadore, F.-A. — *Affectio societatis* (Riv. dir. civile, t. III, (1911), p. 681-698).

Samama, N. — *De l'indivision* (*communio incidens*) *des objets considérés individuellement;* Th. Aix, 1890.

Schott, H. — *Das jus prohibendi und die formula prohibitoria;* Leipzig, 1889.

Schulz, F. — *Einführung in das Studium der Digesten;* 1916.

— *Nachklassische Quaestionen in den justinianischen Reformgesetzen des Codex Justinianus* (Z. S. St., t. L (1930), p. 212-248).

Scialoja. — *Teoria della proprietà nel diritto romano*, lezioni ordin. cur. ed. da P. Bonfante, 2 vol., Roma, 1933 (= *Proprietà;* nos références se rapportent à la 1re éd., 1928).

Seeler. — *Die Lehre von Miteigenthum, nach römischen Recht;* Halle, 1896.

Segré, G. — *Corso di diritto romano. La comproprietà e la communione degli altri diritti reali;* Torino, 1931 (= *La comproprieta, Corso*, 1930-1931).

— *Sulla natura della comproprietà in diritto romano* (Riv. it. Sc. giur., t. VI (1888), p. 353-409; VIII (1889), p. 145-225; 329-389).

— *Sulla natura giuridica del compossesso;* Roma, 1888.

— *Possesso pro indiviso e azione di divisione tra compossessori* (Foro Italiano, 1907).

Seligsohn, E.-H. — *Justa possessio;* Freiburger Dissertation, Berlin, 1927.

Solazzi, S. — *Diritto ereditario romano;* Neapoli, 2 vol., 1932-1933.

Steinlechner. — *Das Wesen der Juris Communio und juris quasi-communio.* I : Revision der Lehre von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf dem Rechtgebiete; 1876. — II : Das Miteigenthum in seinen Prinzipiellen Einzelbeziehungen; 1878.

Taubenschlag, R. — *Prawo rzymskie w epoce Dioklecjańskiej* (Das römische Recht zur Zeit Diokletian's) : Bull. intern. de l'Académie polonaise des sciences et des lettres; classe de philologie, classe d'histoire et de philologie; Cracovie, 1921-1924, p. 141-281.

— *Geschichte der Rezeption des römischen Privatrechts in Ägypten* (Studi in onore di P. Bonfante, t. I, 1930, p. 367-440).

Trumpler. — *Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen;* 1906 (avec le C. R. de M. Krüger : Z. S. St., 1907, p. 458-465).

Ubbelhode. — *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen :* 1862.

Valdecasas. — *La formula H. M. H. N. S.* (Anuario de historia del derecho español, t. V (1928), p. 5-81).

Vizioz, H. — *Le quasi-contrat;* Th. Bordeaux, 1912.

Weiss, E. — *Communio pro diviso und pro indiviso in den Papyri* (Archiv f. Papyrusforsch., t. IV (1908), p. 330-365).

Wenger. — *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts;* München, 1925.

Wieacker, Fr. — *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts* (Z. S. St., t. LIV (1934), p. 35-79).

Wlassak, M. — *Römische Prozessgesetze;* Leipzig, 2 vol., 1888-1891.

— *Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht* (Ak. Wiss. in Wien, Philos. hist. Klasse; Sitzungsberichte 215. Band, 2. Abhand., 1933).

Zancan, L. — *Area Sepolcrale « pro indiviso » e « Pedatura inter amicos »* (Est. dal vol. X degli « Studi goriziani », Riv. a cura della Biblioteca Governativa di Gorizia, 1934).

2° Autres droits de l'antiquité.

Beauchet. — *Histoire du droit privé de la République athénienne ;* Paris, 4 vol., 1896-1897.

Becker, W. — *Platons Gesetze und das griechische Familienrecht* (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte XIV); München, 1932.

Boyer, G. — *Contribution à l'histoire juridique de la première dynastie babylonienne;* Paris, 1928.

Busolt. — *Die griechische Staats- und Rechtsaltertümer*; 3e éd., dans le Handbuch der Klass. Altertumswissenschaft, d'Ivan von Müller, t. IV, 1, 1; t. I : Allgem. Darstellung... hrsg von W. Otto, 1920; t. II : Darst. einzeln. Staaten, v. Swoboda, 1926.

Cuq, E. — *Etudes sur le droit babylonien, les lois assyriennes et les lois hittites,* Paris, 1929.

Eilers, W. — *Gesellschaftsformen im altbabylonischen Recht :* Leipziger rechtswissensch. Studien, Heft 65, Leipzig, 1930.

Glotz, G. — *La solidarité de la famille dans le Droit criminel en Grèce*; Th. Lettres, Paris, 1904 (= *Solidarité*).

Guiraud, P. — *La propriété foncière en Grèce*, 1893.

Kohler, J. und Wenger, L. — *Allgemeine Rechtsgeschichte*, 1. Hälfte : *Orientalisches Recht und Recht der Griechen und Römer*; Leipzig-Berlin, 1914.

Kohler, J. und Ziebarth, E. — *Das Stadtrecht von Gortyn und seine Beziehungen zum gemeingriechischen Rechte*; Göttingen, 1912.

Meier, M.-H.-E. und Schömann, G.-F., dargestellt v. Lipsius, J.-H. — *Das attische Recht und Rechtsverfahren unter Benutzung des attischen Prozesses*; Leipzig, 3 vol., 1905-1912.

Pirenne, J. — *Essai sur l'évolution du droit de famille en Egypte sous l'ancien empire* (Mél. P. Fournier, 1929, p. 615-632).

— *Histoire des Institutions et du droit privé de l'ancienne Egypte*; t. I : Des origines à la fin de la IVe dynastie ; t. II : La Ve dynastie ; Bruxelles, 1932-1934.

Revillout, E. — *Précis de droit égyptien*, comparé aux autres droits de l'antiquité ; Paris, 2 vol., 1899-1903 (= *Précis*).

3° Ancien droit français et droit moderne (1).

Aubenas. — *Le contrat d'affairamentum dans le droit provençal du Moyen âge* (R. H. D., 1933, p. 478-524).

Beaumanoir. — *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon.

Capitant, H. — *L'indivision héréditaire; Rev. crit. de lég. et de jurispr.*, 1924 (tirage à part, 39 p.).

(1) Il est inutile de justifier le caractère volontairement très restreint de ces indications bibliographiques. Leur objet est surtout de montrer la permanence du problème de l'indivision.

— *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté entre époux* (*eod.*, 1929, p. 65-124).

Dardel. — *Les communautés et indivisions de famille en France et en Suisse*; Th. Paris, 1909.

Domat. — *Les lois civiles dans leur ordre naturel.*

Guillet. — *De l'administration des successions indivises*; Th. Caen, 1930.

Josserand, L. — *Essai sur la propriété collective* (Livre du Centenaire du Code civil, t. I, p. 357-379).

Lebret. — *La notion d'indivision en droit français actuel*; Th. Caen, 1922.

— *Du sort des droits consentis sur les biens indivis* (Extr. de la *Revue critique de lég. et de jurispr.*, 1928).

Masse. — *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques* ; Th. Paris, 1902.

Olivier-Martin. — *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. II, 1, Paris, 1926.

Ricol. — *La copropriété en main commune;* Th. Toulouse, 1907.

Siesse. — *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*; Th. Paris, 1922.

Vincent. — *Les propriétés collectives, les indivisions, et l'effet déclaratif du partage* (*Rev. crit. de lég. et de jurispr.*, 1932, p. 284-345).

AVANT-PROPOS

Le sujet dont nous entreprenons ici l'étude a fait dans ces dernières années l'objet de nombreuses recherches. Parmi les travaux récents, et pour ne rappeler que les plus marquants, il faut tout d'abord citer le livre de M. Adolf Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht* (1912), qui doit à la solidité et la prudence de sa critique de rester le travail essentiel sur les actions en partage. En Italie surtout, des romanistes se sont attachés au problème de l'indivision, désireux de mieux comprendre par l'étude du droit romain le régime moderne, qui en est ici largement inspiré. Au premier rang d'entre eux, Scialoja s'efforçait de dégager la nature juridique de l'indivision romaine, tandis que Bonfante analysait diverses de ses particularités dans de nombreux articles, réunis aujourd'hui au tome III de ses *Scritti giuridici varii*. D'autre part, dans un brillant article paru dans les *Essays in legal History*, ed. by Vinogradoff, M. Riccobono opposait la *Communio del diritto quiritario alla comproprietà moderna* et montrait les transformations apportées par Justinien au régime inorganique de l'indivision classique (1). Depuis, d'autres études ont repris les questions examinées par ces maîtres, développant ou modifiant leurs conclusions premières.

Ces travaux récents ont renouvelé une matière abordée

(1) Il y a lieu de mentionner également, parmi ces études modernes fondamentales, celles de M. Segré.

autrefois par les Pandectistes allemands, et lui ont rendu plus d'actualité. Ils permettent aujourd'hui d'envisager l'ensemble de la question, qui n'a le plus souvent fait l'objet que d'exposés très généraux ou d'études sur des points particuculiers. Tel est le but de ce travail, qui, utilisant largement les résultats acquis, s'efforcera de présenter un tableau d'ensemble des problèmes soulevés par l'indivision.

Entrepris dans cet esprit, il dut à un hasard heureux de pouvoir bénéficier des renseignements nouveaux apportés à la connaissance des groupements familiaux primitifs par la découverte d'un fragment des Institutes de Gaius (*P. S. I.*, *n°* *1182*). Il devenait possible, grâce à cette nouvelle source d'informations, de connaître moins imparfaitement les diverses phases historiques par lesquelles était passé à Rome le régime juridique de l'indivision.

Le problème que nous nous proposons d'examiner ici pose en effet une question à la fois historique et juridique. L'indivision, situation de pur fait, imposée fortuitement à des personnes parfois étrangères les unes aux autres, crée un conflit de prétentions rivales. Elle exige la conciliation des droits de chacun sur la chose commune avec le respect, au moins provisoire, de l'unité du bien indivis. Comment ce problème a-t-il été résolu aux diverses époques du droit romain, telle est la question qui s'impose à notre étude. C'est le rôle des jurisconsultes romains, leur habileté à aménager cette situation fortuite, qui retiendra principalement notre attention.

Pour mener à bien cette tâche il sera nécessaire de faire abstraction des systèmes proposés *a posteriori* pour expliquer la nature du droit indivis. Nous nous réservons de dégager dans notre conclusion les rares indications des textes à cet égard. Il nous faudra, au contraire, analyser minutieusement les multiples solutions d'espèce, relatives à l'existence de l'indivision, à son administration, à sa dissolution par le partage.

Sous ce rapport, notre étude sera avant tout une « étude de jurisprudence ».

Enfin, cet examen ne sera possible qu'en distinguant diverses phases dans le développement du droit romain. Si l'indivision est un phénomène juridique permanent, imposé nécessairement par certains événements fortuits, il n'en reste pas moins qu'elle peut revêtir des formes diverses, selon le milieu social où elle se rencontre et les conceptions juridiques qui la modèlent. Son rôle économique et social, autant que sa construction juridique, sont fonction du moment auquel on l'étudie.

Aussi devrons-nous distinguer trois époques, différentes par leur organisation sociale autant que par leurs conceptions juridiques : celle du droit romain ancien, où la technique, encore peu développée, laisse parfois incertain sur le sens d'une institution, où la vie s'organise dans le cercle restreint d'une économie essentiellement agricole et familiale ; celle du droit classique, qui porte à son plus haut degré la science du droit et l'habileté à harmoniser les principes juridiques avec les besoins de la pratique ; avec le développement des relations commerciales, l'extension du territoire romain, la pénétration des idées grecques, c'est une société individualiste qui se substitue au groupe plus étroit et plus uni de l'époque antérieure ; enfin, avec le Bas-Empire, apparaissent des conceptions juridiques nouvelles, souvent incertaines et peu satisfaisantes, originales néanmoins, et que leur attachement aux questions dogmatiques, aux classifications et aux catégories opposent au droit « pratique » de l'âge classique (1) ; le milieu social lui aussi se transforme, un souci d'organisation se marquant dans tous les domaines, qu'il s'agisse des cadres politiques, des conditions sociales, des situations juridiques privées.

Mais l'état de nos sources nous impose une répartition iné-

(1) Sans doute ne faut-il pas exagérer cette opposition. Mais les juristes du Bas-Empire sont en contact avec les écoles philosophiques spéculatives de l'Orient. Ils ont eux-mêmes fréquenté des écoles de droit, dont parfois ils sont les maîtres. D'où leur goût plus prononcé pour des discussions ou des constructions doctrinales.

gale entre ces trois époques. Le droit primitif ne pourra être qu'esquissé dans une Introduction historique. Les renseignements sont, en ce qui le concerne, rares et fragmentaires. La technique juridique y est à peine ébauchée. Le droit classique retiendra plus longtemps notre attention, car c'est, malgré le remaniement postérieur des textes, celui qui nous est le mieux connu. C'est là que nous pourrons saisir la merveilleuse habileté des jurisconsultes classiques dans leur analyse des rapports juridiques et la conciliation des intérêts rivaux (1). Des documents accessoires nous permettront de mieux comprendre ce travail : textes littéraires, faisant connaître de façon moins sèche, mais aussi moins précise, les situations juridiques concrètes; inscriptions, témoignant de son application, papyri, révélant des pratiques locales particulières. Après avoir montré que le droit classique sut distinguer l'indivision de la forme voisine qu'est la société, nous étudierons son champ d'application quant aux actes qui la provoquent et aux droits qui en sont susceptibles, puis les difficultés auxquelles donne lieu la gestion du bien commun. Nous pourrons alors envisager les moyens juridiques qui permettent de résoudre ces difficultés, soit en tranchant les conflits nés de la gestion du bien commun, soit en mettant par le partage un terme au régime indivis. Il suffira alors, dans un dernier chapitre, de marquer les innovations apportées dans ces divers domaines après l'époque classique.

Sans méconnaître l'arbitraire qu'il y a, en pareille matière, à recourir aux dates, nous fixerons les débuts de l'âge classique au IIe siècle avant notre ère, marqué à la fois par le triomphe de l'expansion romaine hors d'Italie et les profondes transformations sociales qui en furent la suite, par le progrès de la science juridique, exercée désormais par des techniciens, par l'apparition de la procédure formulaire, instrument essentiel de ce progrès. Nous en poserons comme

(1) Cf. Ihering, *Esprit du Droit romain* (trad. de Meulenaere), t. IV, p. 251.

terme l'abdication de Dioclétien (305), car si le règne de cet empereur marque déjà certaines transformations, ses constitutions restent le plus souvent dans la ligne du droit classique. Au contraire, Constantin, auquel Julien reprochera d'avoir bouleversé les lois antiques, fait nettement figure de novateur (1).

Tels sont le but, la méthode et le plan de ce travail. Nous ne nous dissimulons pas l'étendue de la tâche, ni la difficulté qu'il y aurait à la mener à bien. L'ampleur même du sujet nous obligera à passer rapidement sur certaines questions pour nous attarder à d'autres, dans un choix qui parfois pourra sembler arbitraire. Nous nous sommes efforcé cependant d'insister sur les points essentiels, ne procédant par énumération que lorsque cela nous semblait nécessaire pour dégager une tendance générale.

Qu'il nous soit permis d'exprimer ici notre profonde gratitude à nos maîtres, à tous ceux qui ont bien voulu s'intéresser à notre travail, et tout spécialement à M. le Doyen Duquesne, qui nous en avait signalé l'intérêt et qui a accepté de diriger nos recherches.

(1) Cf. Taubenschlag, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diocletian's* (*Bull. intern. de l'Ac. polonaise des Sc. et Lettres, cl. de philologie*, Cracovie, 1921-1924, p. 147, 281); Lot, *La fin du monde antique*, p. 23 ; Albertario, *Da Diocleziano a Giustiniano* (*Conf. per il XIV Cent. delle Pandette*, Milano, 1931); Piganiol, *L'Empereur Constantin*, Paris, 1932, p. 122-123.

ÉTUDE

SUR

LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'INDIVISION

EN DROIT ROMAIN

INTRODUCTION HISTORIQUE

LES FORMES PREMIÈRES DE L'INDIVISION

Il importe, au début de cette étude, de préciser ce qu'il faut entendre sous le terme d'indivision, et en particulier d'opposer cette notion à celle de propriété du groupe ou de propriété familiale. Dans ce dernier régime, le bien appartient à une collectivité. Il est considéré comme un patrimoine inaliénable et indivisible, dont les bénéficiaires actuels ne sont que les titulaires passagers, obligés de transmettre à leurs descendants ce qu'eux-mêmes ont reçu de leurs parents. Les membres actuels du groupe n'en sont pas les maîtres absolus. Ils ne peuvent librement aliéner un bien, auquel leurs enfants auront droit. Ils ne peuvent davantage, par un partage, en priver le groupe au profit des individus (1).

L'indivision, au contraire, suppose une pluralité de titu-

(1) M. Westrup, *La succession primitive...* (spéc. p. 27, 29-35), voit là une « conception arienne commune ». On la retrouve en Grèce (Beauchet, *Droit privé de la République athénienne*, t. III, p. 63-64; Glotz, *La solidarité de la famille... en Grèce*, spéc. p. 5, 261; Kohler *und* Ziebarth, *Stadtrecht von Gortyn*, p. 58) aussi bien qu'à Rome (par ex. Cuq, *Inst. jur.*, p. 242-243).

laires, exerçant un même droit sur un même bien. Le droit n'appartient plus au groupe, mais à chaque individu. Il est donc normal que chacun puisse disposer de son droit : l'aliéner. De même est-il possible que les titulaires de ces droits veuillent rompre le lien qui les unit entre eux. Ce lien résultant de l'unité du bien commun, disparaîtra par sa division matérielle : le partage se présente comme le terme normal de l'indivision.

La copropriété du groupe apparaît ainsi comme un régime de vie sociale particulier. L'indivision n'est qu'une situation juridique spéciale, résultant de l'exercice simultané des droits individuels sur un seul bien (1). Que la première ait existé à une certaine époque du droit romain, c'est ce qui paraît résulter de divers indices, souvent relevés et qu'il suffit de rappeler ici.

L'existence d'une propriété de la *gens* a été démontrée par Mommsen d'une façon péremptoire (2), encore que des discussions restent possibles sur ses formes et sur sa date de disparition. Le nom de *gentes* attribué aux plus anciennes tribus rustiques, division territoriale à l'origine, le droit successoral de la *gens*, considéré comme un « droit de retour », sont parmi les plus sérieux arguments de cette théorie.

Mais à côté de la *gens*, un autre groupe, plus restreint : la famille, au sens moderne de l'expression, fut sans doute également titulaire d'un patrimoine (3).

(1) Cf. l'expression de cette idée à propos des « communautés taisibles » dans l'article de M. Champeaux, *Jus sanguinis*, *R. H. D.*, 1933, p. 257-258.

(2) *Droit public*, VI, 1, p. 26-30. — Cf. dans le même sens, Cuq, *Inst. jur.*, p. 243; Girard, *Manuel*, p. 282-284; Arangio-Ruiz, *Istit.*, p. 394 (et les auteurs cités, *ibid.*, n. 1); Perozzi, *Istit.*, t. I, p. 604, 619-621; Pais, *Histoire romaine*, t. I, *Des origines à l'achèvement de la conquête* (*Coll. de l'Hist. gén.*, publiée sous la direction de M. G. Glotz), p. 75. — *Contra*, Sinaïski, *La Cité quiritaire*, p. 50 (et les auteurs cités, *ibid.*); Bonfante fait des réserves sur la pertinence de la théorie de Mommsen (*Forme primitive... della proprieta romana*, *Scr. giur.*, t. II, p. 1-24; *Corso*, II, 1, p. 208-217), mais semble cependant admettre une propriété gentilice (*Istit.*, p. 238).

(3) Cuq, *op. cit.*, p. 242; Girard, *op. cit.*, p. 282; Rabel, *Die Erbrechts-*

On pourrait être tenté d'en donner tout d'abord comme preuve la synonymie attestée par de nombreux témoignages entre les termes *heres*, *erus*, *dominus*, tous trois désignant le maître ou le propriétaire. *Erus* se retrouve plusieurs fois dans le théâtre de Plaute (1) et devait également figurer dans la *lex* Aquilia (2). Gaius (3) et Ulpien (4) s'accordent à déclarer que le mot signifie *dominus*. Quant à *heres*, Festus (dans Paul Diacre, 99) écrit à son propos : « *Apud antiquos pro domino ponebatur* », et l'écho de cette tradition se retrouve encore aux Institutes de Justinien, à propos de l'expression *pro herede gerere* (5).

Mais ces rapprochements, dont l'exactitude est sujette à caution (6), seraient insuffisants à témoigner du lien entre la succession et la propriété. C'est le caractère particulier de certaines règles de la succession des *heredes sui*, qui laisse apparaître le plus nettement l'idée d'une propriété familiale, où les enfants prennent tout naturellement la place des parents (7).

Le terme même d'*heres suus*, c'est-à-dire d'héritier re-

theorie Bonfantes, Z. S. St., t. L (1930), p. 294-332; Wlassak, *Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht*; Siber, Z. S. St., t. LIV (1934), p. 413-414. — *Contra*, Solazzi, *Diritto ereditario romano*, t. I (1932), p. 159-174, pour lequel cette notion constitue un obstacle à la théorie de l'ancienneté du testament souverain.

(1) *Amph.*, 452; *Asin.*, 328; *Capt.*, 708. Le mot est rare chez Cicéron (*De Off.*, 2, 7, 24; *De Rep.*, I, 41) et « ne semble plus attesté après Horace » (Ernout et Meillet, *Dict. étym.*, v° *Erus*).

(2) Ulpien (18 *ad ed.*), D. 9, 2, *ad Leg. Aquil.*, 11, 6 : *Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino.*

(3) *P. S. I.*, n° *1182*, l. 24-25, *erus dominus dicitur*. L'étymologie est arbitraire, mais le sens exact.

(4) *Supra*, n. 2.

(5) *Inst. just.*, 2, 19, *de hered. qual.*, 7 : *...pro herede enim gerere est pro domino gerere : veteres enim heredes pro dominis appellabant.*

(6) Ernout et Meillet, *op. cit.*, v° *Heres*.

(7) Girard, *Manuel*, p. 895. La succession des *sui* constitue la « prolongation d'un état préexistant, plutôt que la création d'un état nouveau »; Bonfante, *Corso*, t. VI, p. 237; Manigk, *in* Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, v° *Hereditarium jus*, col. 630-631; Westrup, *Succession primitive*, p. 29-35.

cueillant des biens qui, en quelque manière, étaient déjà sa propriété, semble un souvenir de cette notion (1). C'est à elle que l'on rattache l'acquisition de l'hérédité de plein droit par les *heredes sui* (2), et souvent on la tient pour l'explication de l'impossibilité d'usucaper *pro herede* contre ce premier groupe d'héritiers (3). La même situation explique également la dévolution des biens à tous les *sui* quel que soit leur degré, tandis que pour les agnats, dont la vocation est fondée sur une idée de succession et non de continuation d'une propriété préexistante, seul le plus proche est appelé (4). La propriété familiale a de même été invoquée pour justifier la nécessité de l'exhérédation nominative des *sui*. Propriétaires des biens du testateur, ceux-ci ne pouvaient en être exclus que par une manifestation expresse de volonté. Une simple omission de leur nom dans le testament n'eût pas été suffisante (5).

(1) Gaius, II, 157 : *Sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur*; Paul (2 *ad Sab.*), D. 28, 2, *de lib. et post. hered.*, 11 : *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur... itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt : nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.* Le début du texte (jusqu'à *essent qui*) est suspect (Cf. *Index Interp.*). Même si l'on en admettait l'interpolation, la phrase suivante prouverait que Paul partage l'opinion de Gaius. M. Solazzi (*Dirit. ered.*, p. 160-163) s'efforce de révoquer le témoignage de ces textes. Cf. également Paul (*lib. sing. de port.*), D. 48, 20, *de bonis damn.*, 7, *pr.* La justification par la *naturalis ratio* fait appel à des conceptions étrangères à l'époque où s'est formé le terme d'*heres suus*, cité par Ulpien dans un texte qui semble rapporter les termes mêmes des XII Tables (*Coll.*, 16, 4, 1 et *Reg.*, 26, 1).

(2) Girard, *Manuel*, p. 895, 923. M. Collinet écrit que « de l'avis unanime » la succession des *sui* est fondée sur la solidarité familiale (*Mélanges Glotz*, t. I, p. 251).

(3) Girard, *Manuel*, p. 930, n. 5; Rabel, *Z. S. St.*, t. L (1930), p. 328 ; Bonfante, *Corso*, VI, p. 236-237. — *Contra*, Solazzi, *Dirit. eredit.*, t. I, p. 169.

(4) Cuq, *Inst. jur.*, p. 718-719; Girard, *Manuel*, p. 895, 938.

(5) Girard, *Manuel*, p. 904; Paul (*supra*, n. 1) rattache l'exhérédation à une manifestation de la puissance paternelle, permettant d'exclure les

D'autres particularités de ce régime ont également été rattachées à la copropriété familiale. Mais si celle-ci rend compte de la règle, il est moins certain qu'elle en soit l'origine historique (1).

Nous ne devions rappeler ces formes de propriété que pour les exclure de notre étude. A l'époque des XII Tables, la propriété individuelle existait (2) et le *pater* pouvait en disposer par testament ou même entre vifs.

Mais, si d'un point de vue juridique le régime n'était plus celui de la propriété familiale, les pratiques économiques et sociales correspondaient encore à une situation identique. Les enfants vivaient auprès de leur père, sous le même toit, et cultivaient avec lui le domaine agricole. Lorsque le chef de famille venait à disparaître, cet état social pouvait se prolonger, les fils continuant à mener la vie commune, bien que devenus, chacun pour partie, titulaires du patrimoine. A la pleine propriété du père, groupant sous sa direction les membres de sa famille, se substituait l'indivision héréditaire.

Cette persistance de la vie commune entre frères n'est d'ailleurs pas un fait propre à l'histoire du droit romain. D'autres peuples l'ont également connue. Nous rappellerons simplement ici quelques exemples de ce régime dans des civilisations voisines du bassin méditerranéen, moins pour établir des rapprochements que les différences d'époque et de milieu rendraient hasardeux, que pour permettre des comparaisons et situer le système romain dans un ensemble d'institutions de même nature.

enfants du patrimoine familial, comme elle permet de les mettre à mort (Cf. Mommsen, *Droit pénal*, t. II, p. 332, n. 2), et explique également par la propriété familiale l'impossibilité d'exhéréder les enfants *nisi meritis de causis*.

(1) C'est ainsi que Girard (*Manuel*, p. 943) rattache au caractère d'associés l'obligation des *sui* aux dettes. M. Collinet propose d'expliquer par la même notion l'obligation *ultra vires* des héritiers (*Mélanges Glotz*, t. I, p. 252).

(2) Cela est communément admis : Voir par ex. Cuq, *Inst. jur.*, p. 242-243; Girard, *Manuel*, p. 284.

Dans l'état actuel de nos connaissances, ces groupements ne se présentent pas, dans l'Egypte pharaonique, comme une institution primitive. Ils sont le produit d'une évolution qui, vers la fin de la IV^e^ dynastie, remplaça un régime profondément individualiste par des pratiques communautaires, afin d'assurer le culte ancestral (1). La communauté entres frères pouvait se former du vivant des parents, ceux-ci partageant leur patrimoine entre leurs enfants et ne se réservant qu'une sorte d'usufruit (2). Les enfants devenaient titulaires du patrimoine et leur consentement aux actes d'aliénation était nécessaire (3). D'autre part, de nombreux textes montrent l'aîné agissant comme chef de la communauté, disposant des biens, tandis que les autres frères ne font l'objet que d'une mention générale, qui paraît accessoire (4). L'indivision, d'ailleurs, se présentait en Egypte avec une fréquence toute particulière, dont font preuve les innombrables mentions de parts indivises dans les divers actes de disposition (5).

On a également signalé des pratiques analogues dans le droit babylonien. Ici aussi la communauté pouvait être établie du vivant des parents par l'attribution des biens aux enfants (6), et l'aîné, en fait, était privilégié (7).

(1) J. Pirenne, *Essai sur le droit de famille en Egypte sous l'ancien Empire* (*Mélanges P. Fournier*, p. 615-631). Sur le régime individualiste antérieur et l' « absence de bien de famille », cf. l'*Hist. des Inst. de l'ancienne Egypte*, du même auteur, t. I, p. 206-211; t. II, p. 345-359, 361-381.

(2) Revillout, *Précis*, t. I, p. 600; Kreller, *Erbrechtliche Untersuchungen*, p. 63-75.

(3) Wieaker, *Z. S. St.* t. LI (1931), p. 410-411.

(4) Arangio-Ruiz, *Persone e famiglia*, p. 53-54.

(5) M. Arangio-Ruiz (*loc. cit.*, et p. 59) explique ce fait par la rareté des partages matériels. Le plus souvent, on se serait contenté d'attribuer à chacun une simple fraction mathématique, sans la concrétiser dans un lot.

(6) San Nicolo, *Zeitsch. für vgl. Rechtswiss.*, t. XXXIX (1921), p. 285; Cuq, *Etudes sur le droit babylonien*, p. 65.

(7) Boyer, *Contribution à l'histoire juridique de la première dynastie babylonienne*, p. 9; Cuq, *op. cit.*, p. 442.

La loi de Gortyne fournit quelques indications sur l'organisation de ces communautés en Crète antérieurement au milieu du v^e^ siècle (1). Le texte qui fixe l'ordre des successibles (V, 31) sépare les descendants directs, ainsi que les frères et sœurs et leurs descendants, des autres successibles. Les frères ou, à défaut de frères et de leurs descendants, les sœurs recueillent les biens, lorsque le *de cujus* ne laisse pas lui-même de descendants directs. Ils sont mentionnés nominalement, tandis que les autres successibles ne font l'objet que d'une désignation globale : οἱ ἐπιβάλλοντες. C'est donc que les frères, pas plus que les enfants, ne sont considérés comme des « ayants droits ». Ils recueillent les biens, non comme successeurs, mais à raison de la communauté, où ils se trouvaient avec le défunt (2). Le texte fixe ainsi l'étendue de cette communauté. Elle ne comprend que les proches parents : descendants directs, frères et sœurs.

La loi reconnaît le droit au partage (3). Mais celui-ci paraît une institution assez récente, car il n'est sanctionné qu'indirectement (4). Si le père peut opérer de son vivant le partage des biens entre ses enfants, ceux-ci n'ont pas le droit de l'exiger (V, 25). Après le décès du père, l'opposition au partage de certains héritiers ne peut être vaincue que par un détour : le juge met les biens à la disposition de ceux qui veulent le partage, jusqu'à ce que les autres consentent au partage amiable (V, 32). Son rôle est d'ailleurs très réduit. En principe, lorsque l'on ne peut aboutir à une répartition

(1) L'inscription est au plus tard du milieu du v^e^ siècle. Mais nombre de ses indications se réfèrent à un état ancien (Dareste, Haussoulier et Reinach, *Rec. des Inscr. jur. grec.*, p. 437; Glotz, *Solidarité de la famille... en Grèce*, p. 263-264; *Histoire grecque*, t. I, p. 302).

(2) Dareste, *La loi de Gortyne*, *N. R. H. D.*, 1886, p. 258-259; Kohler *und* Ziebarth (*Stadtrecht von Gortyn*, p. 65) comparent cette vocation à celle des trois classes prévues par les XII Tables.

(3) Le partage est inégal, les fils étant favorisés (V, 26).

(4) Dareste, Haussoulier et Reinach (*op. cit.*, p. 465) déclarent que « la loi n'est pas favorable à l'indivision des héritages » et qu'elle autorise le partage. Mais c'est là semble-t-il une nouveauté.

amiable, les biens sont vendus et le prix partagé (V, 34). Ce n'est que pour les meubles qu'on peut, à défaut d'accord, recourir au partage judiciaire (V, 33). La place minime faite à ce dernier prouve l'absence d'un véritable droit au partage, pourvu d'une sanction judiciaire (1). La loi de Gortyne présente, à ce point de vue, un stade intéressant du développement juridique de l'indivision familiale. Celle-ci n'est plus nécessairement maintenue entre les cohéritiers. Mais sa dissolution exige l'accord de tous : le partage est possible, il n'est pas obligatoire (2).

Le régime indivis entre frères est également signalé dans les cités grecques du v^e^ et du iv^e^ siècle. Mais il s'intègre dans un régime de propriété individuelle pleinement reconnue. Celle-ci a presque complètement remplacé l'ancienne propriété familiale, surtout en Attique, les pays doriens se montrant plus conservateurs (3). Aussi, bien que les orateurs athéniens fassent allusion à des indivisions entre frères (4), celles-ci apparaissent plus fréquemment à Sparte qu'à Athènes (5). Le droit attique considère le partage comme un droit absolu, auquel sont soumis tous les biens successo-

(1) Caillemer, v° *Gortyniorum Leges*, *Dict. de Daremberg et Saglio*, p. 1641.

(2) Il est cependant un cas où le partage est obligatoire. Si l'un des membres de la communauté est condamné à une amende, on lui donnera sa part (V, 25) pour éviter que les autres ne soient inquiétés à raison de son délit (Dareste, *N. R. H. D.*, 1886, p. 256 ; Glotz, *Solidarité de la famille... en Grèce*, p. 261-264 ; Kohler *und* Ziebarth, *Stadtrecht von Gortyn*, p. 59). Les lois assyriennes av. 900) repoussaient de même la responsabilité collective des frères vivant en communauté. La victime avait droit à la part d'héritage du coupable (Cuq, *Etudes sur le droit babylonien*, p. 442).

(3) Glotz, *La Solidarité de la famille... en Grèce*, p. 5 : « La propriété individuelle du sol apparaît dès la fin de la période homérique ». Mais, à l'époque de Solon, on trouve encore des traces de la propriété familiale, telle que l'inaliénabilité de fait des biens fonds (*eod.*, p. 327-328). La reconnaissance par Solon du droit de disposer par testament favorisera le développement de la propriété individuelle (Cf. Beauchet, *Droit privé...*, t. III, p. 65 ; Glotz, *op. cit.*, p. 342-348).

(4) V. les exemples donnés par Beauchet, *op. cit.*, p. 640.

(5) Beckers, *Platons Gesetze*, p. 279.

raux (1). A Sparte, au contraire, la terre attribuée à chaque chef de famille lors du partage, la μοῖρα ἀρχαῖα ou κλῆρος, reste indivisible; c'est un lot qui doit assurer la subsistance de la famille (2), plutôt qu'une propriété privée du père.

A la différence de ce que nous avions constaté dans la loi de Gortyne, le partage judiciaire est pleinement reconnu. Il existe une action pour faire désigner les experts qui y procèderont (εἰς δατητῶν αἵρεσιν δίκη). L'action est accordée lorsque l'un des cohéritiers refuse de consentir au partage (3).

Enfin, la communauté entre les enfants peut être créée du vivant même des parents, qui leur transfèrent leur patrimoine. Mais, à la différence de la pratique égyptienne, les parents ne semblent pas s'être réservé de droits sur les biens. Ils obligent seulement les enfants à subvenir à leurs besoins (4).

Ces quelques exemples suffisent à montrer la fréquence des groupements fraternels en même temps que les divergences profondes que présente leur organisation. Celle-ci évolue entre deux tendances, qui tour à tour l'emportent et donnent au régime son caractère particulier : d'un côté les pratiques communautaires, encore inspirées par le souvenir ou l'exemple de la propriété familiale; de l'autre une conception individualiste, reconnaissant à chacun des enfants la propriété d'une part de l'héritage paternel, et l'autorisant à la distraire de la masse commune, pour en disposer comme il l'entendra. Le transfert des biens aux enfants du vivant de leurs parents et avec réserve au profit de ceux-ci d'une sorte de droit réel, la direction de la communauté confiée à l'aîné,

(1) M. Glotz (*op. cit.*, p. 335-336) suppose que Solon introduisit peut-être quelques réformes en faveur du partage. Depuis celles-ci « nul n'est tenu de rester dans l'indivision » (*Hist. grecque*, t. I, p. 433).

(2) Beauchet, *op. cit.*, p. 648; Glotz, *Solidarité*, p. 351.

(3) Aristote, *Const. d'Athènes*, 56, 6; Meier *und* Schömann-Lipsius, *Attische Recht*, t. II, 2, p. 576-577.

(4) Mitteis *und* Wilcken, *Grundzüge*, t. II, p. 244-245; *P. Eleph.*, 2 (285-283 av. J.-C.), l. 9-11 (Mitteis *und* Wilcken, *Chrestomathie*, t. II, n° 311).

l'absence de partage judiciaire se rattachent à la première tendance. La seconde, au contraire, explique le droit reconnu à chacun de disposer de sa part, la sanction par une action en justice du droit au partage, la faculté d'y soumettre l'intégralité du patrimoine.

Quelle fut la part attribuée à ces tendances contraires dans l'organisation de la communauté familiale du droit romain primitif, telle est la question à laquelle nous devons désormais nous attacher.

Le nom donné à Rome à cette situation particulière nous était depuis longtemps connu : c'est le *consortium*. Mais son organisation juridique l'était beaucoup moins, jusqu'à la récente découverte d'un fragment des Institutes de Gaius qui y consacre un important développement. Une étude sommaire de cette institution est ici indispensable. Le *consortium* se présente comme le premier exemple de groupement autour d'un même patrimoine, de titulaires multiples, ayant sur lui des droits identiques. Dans une acception large de l'expression — et qui ne préjuge pas de l'organisation juridique de l'institution —, il est la plus ancienne forme d'indivision qui nous soit connue. Encore que ses règles propres aient pu être fonction du milieu social où l'institution se plaçait, et aient par la suite disparu avec les modifications de celui-ci, leur connaissance préalable est nécessaire à l'étude du droit classique : le *consortium*, en effet, est l'antécédent direct de la plus importante forme d'indivision du droit classique : l'indivision héréditaire (1).

Que le *consortium* ait été la communauté persistant entre les enfants après le décès de leur père, c'est ce que nous affirme de la façon la plus nette le nouveau *fr.* de Gaius (2) :

(1) M. Monier (*Les nouveaux fragments de Gaius*, p. 20, 22) y voit également une indivision entre frères.

(2) C'est déjà ce que l'on admettait avant sa découverte : Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 6, et les auteurs cités. Le terme de *societas* employé par Gaius désigne aussi bien l'indivision que la société (*infra*, chap. I). Si Gaius cite le *consortium* à la suite du passage consacré à cette dernière,

« *Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appell[abatur ercto non cito...]* » (1). Nous savons par ailleurs que l'*ercto non cito* n'est autre que le *consortium*. Aulu-Gelle l'établit avec certitude (2) et Servius le laisse entendre de la façon la plus claire (3). La dénomination *ercto non cito* était le terme technique (4), *consortium* l'expression courante (5).

Les rares sources anciennes s'accordent à insister sur le caractère archaïque de cette institution. Gaius en parle à l'imparfait comme d'un régime disparu (*olim*). Aulu-Gelle lui applique le qualificatif d'*anticum*. L'expression même *ercto non cito* est formée de mots anciens, dont les auteurs classiques sentent le besoin de donner une explication.

Aussi les expressions *consortium* et *consortes* sont assez rares dans les textes. Le plus souvent elles n'y ont pas de

c'est que, dans certains cas, il se présente comme une institution voisine de la société. Mais ce n'est pas là sa fonction première (*infra*, p. 13-16).

(1) *P. S. I.*, *n° 1182*, l. 17-22. Nous adoptons la restitution *ercto non cito*, proposée par M. Collinet (*R. H. D.*, 1934, p. 98), qui est la seule expression employée par les autres textes (*eod.*, p. 103, n. 1). Paul Diacre écrivant *erctum citumque*, n'emploie pas la formule toute faite *ercto non cito*. On ne saurait objecter que Gaius écrit à la ligne suivante *[erct]um*, car alors il dissocie l'expression technique pour en proposer une explication (En ce sens, E. Levy, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p 266).

(2) *N. A.*, I, 9, 12 : *Sed id quoque non praetereundum est, quod omnes simul qui a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae pecuniaeque habebat in medium dabant; et coibatur societas inseparabilis tanquam illud fuit anticum consortium, quod jure atque verbo romano appelabatur ercto non cito.*

(3) *Ad Aen.*, 8, 642 : ... « *citae* » *divisae, ut est in jure* « *ercto non cito* » *id est patrimonio vel hereditate non divisa.*

(4) M. Giffard (*Comm. à la Société d'histoire du Droit*, 17 mai 1934) y voit une expression de formulaire : *jure atque verbo.*

(5) Le sens des termes *ercto* et *cito* est controversé, Servius donne celui de l'expression composée. L'interprétation donnée par Gaius (*P. S. I.*, *n° 1182*, l. 23-28) est contraire aux données linguistiques. Gaius lui-même (II, 219) reconnaît que *erciscundae* signifie diviser. *Ercto* doit donc signifier division (Ernout et Meillet, *Dict. étym.*, v^is *Hercisco*, *Cio*). *Ciere* désigne l'action de mettre en mouvement, provoquer. Par conséquent, *ercto non cito* signifie : le partage n'ayant pas été provoqué (Cf. Monier, *Nouv. frag.*, p. 22; Nicolau, *R. H. D.*, 1934, p. 111-113).

sens technique et font allusion à une association quelconque (1). Lorsqu'elles désignent les frères, il n'est cependant pas certain qu'il s'agisse d'un *consortium* véritable (2).

Les expressions par lesquelles Gaius caractérise la nature de cette institution doivent être retenues. Les héritiers siens formaient, nous dit-il, une *legitima simul et naturalis societas*. Les deux adjectifs semblent contradictoires, car si ce groupement était naturel, il n'avait pas à résulter de la loi. L'exactitude du qualificatif *naturalis* est confirmée par les observations que nous faisions plus haut. La communauté entre frères résulte naturellement du maintien de la vie commune après le décès du chef de famille (3). Dans un autre sens encore elle est naturelle, car le principe s'en retrouve chez de nombreux peuples. Quant au terme de *legitima*, il signifie que l'institution était prévue par la loi (4). Il ne fait que confirmer l'opposition mise plus haut par Gaius entre la société consensuelle et le *consortium* qu'il déclare *proprium civium Romanorum*. Par là, Gaius indique que si le *consortium* correspond à une situation de fait, commune à tous les

(1) Par ex. Suétone, *Claude*, 28; Sénèque, *De benef.*, 6, 19; Horace, *Odes*, 3, 24, v. 59-60.

(2) Tite-Live, 41, 27, 2; Cicéron, *In Verr.*, III, 57 et 155. *Pro Flacco*, 15, 35; Ovide, *Met.*, II, 346; Tibulle, II, 5, v. 23-24; Pline, *Epist.*, VIII, 18, 4. Festus, v° *Sors* (dans Paul Diacre, 296) fait dériver *consortes* de *sors*, qui pour lui est synonyme de *patrimonium* (Cette étymologie est admise par MM. Ernout et Meillet (*Dict. étym.*, v° *Sors*), ce terme désignant les tablettes pour le tirage au sort, d'où le lot, puis l'héritage, et le *consors* est celui qui jouit en commun d'un héritage indivis, cf. κλῆρος et σύγκληρος). Varron, *De L. l.*, VI, 64, signale également l'expression dans un passage corrompu et difficile à interpréter.

Les textes juridiques qui emploient ces expressions, postérieurs à la disparition du *consortium*, ne peuvent ici être utilisés.

(3) Collinet, *R. H. D.*, 1934, p. 104.

(4) C'est le sens que lui attribuait la glose grecque sur ce terme : ἔννομος (ce mot est assez rare, le plus souvent les textes papyrologiques emploient νόμιμος. Cf. Preisigke, *Wörterb. d. Griesch. Papyrusurk., ad h. v*[is]). La loi dont il s'agit est sans doute la loi par excellence, celle des XII Tables. C'est le sens le plus fréquemment donné par Gaius à *legitimus*, bien que ce ne soit pas le seul.

peuples, il avait fait, à Rome, l'objet de dispositions légales, dont seuls les citoyens pouvaient se prévaloir.

Si le *consortium* apparaît ainsi essentiellement comme une indivision héréditaire par le maintien de la vie commune entre les *heredes sui*, Gaius ajoute aussitôt qu'il pouvait être formé entre d'autres personnes, mais qu'alors une procédure était nécessaire (1). Cette seconde forme est présentée d'ailleurs comme un dérivé de la précédente (*ad exemplum fratrum suorum*) et n'apparut sans doute que plus tardivement.

Elle offre certaines particularités qui la distinguent nettement du *consortium* entre les héritiers siens, quant aux personnes des *consortes* et quant à la constitution même du groupement.

Abandonnant sa précision coutumière, le jurisconsulte ne désigne ces nouveaux membres du *consortium* que sous les termes d'*alii* et de *ceteri*. On peut hésiter sur le sens d'expressions aussi générales (2). La glose grecque, qui les interprète,

(1) *P. S. I.*, *n° 1182*, l. 28-32 : *Alli quoque qui volebant eandem habere societatem poterant id consequi apud praetorem certa legis actione.* L'édition du passage, donnée par M. Arangio-Ruiz, porte *cepta legis actione.* Mais la ressemblance des lettres *p* et *r* dans le ms. permet le doute. Il semble toutefois que la comparaison avec les autres graphies de ces lettres dans la même page soit en faveur de la lecture *certa.* Cf. Arangio-Ruiz, *Revue Al Quanoun...*, p. 73, n. 4; Giffard, *Communication précitée*; E. Levy, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 267 : la lettre discutée présente une légère barre transversale sous la boucle, qui se retrouve dans les *r* et non dans les *p*. En outre, *cepta* ne signifierait rien et, même en supposant une faute, et en lisant *cœpta*, le sens ne serait guère satisfaisant.

(2) Cf. Arangio-Ruiz, *P. S. I.*, *n° 1182*, p. 37-38 ; Monier, *Nouv. frag.*, p. 22; Collinet, *R. H. D.*, 1934, p. 102; E. Levy, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 289 ; Giffard, *Comm. préc.* Le *consortium* des *alii* conclu *ad exemplum fratrum suorum* et sanctionné par l'action F. E. devait être formé le plus souvent entre des cohéritiers autres que les *sui*. Peut-être n'était-il pas interdit entre non-cohéritiers. Mais on voit moins bien quel pouvait être l'objet de ce groupement, lorsqu'il ne porte pas sur un patrimoine, dont on veut éviter le morcellement, dans un régime où les relations commerciales et les sociétés n'existaient pas ou peu. Seule reste l'idée pythagoricienne de la communauté d'initiés ou d'amis Aulu-Gelle, *N. A.*, I, 9, 12). D'après Timée (cité par Phot., Lex. κοινά) ce serait Pythagore qui aurait introduit la communauté de biens parmi les habitants de Grande Grèce. Mais les témoignages relatifs à

ne donne pas une précision plus grande, car ἐξωτικὸς dans les papyri désigne un *extraneus,* un étranger quelconque (1). On ne saurait d'ailleurs utiliser qu'avec prudence cette indication tardive sur un régime depuis longtemps disparu (2). La différence essentielle entre ces deux situations est dans leur mode de formation. Le *consortium* des *sui* existe naturellement (« *inter suos heredes... erat... societas* »). Gaius ne fait aucune allusion à la nécessité d'une manifestation de volonté ou à une forme particulière pour son établissement, et la chose s'explique facilement puisque le *consortium* entre *sui* n'est que la continuation d'un régime antérieur (3). C'est l'indivision héréditaire, résultant de plein droit du décès du *pater*. Bien plutôt que la création, ce serait la modification de cet état de

la vie de Pythagore sont extrêmement suspects. La communauté de biens pythagoricienne est ignorée des auteurs les plus anciens, qui méritent le plus de crédit (cf. Zeller, *Phil. des Grecs,* trad. Boutroux, t. I, p. 311-320). La communauté entre amis des stoïciens n'entraîne aucune indivision juridique entre eux (Sénèque, *De ben.*, 7, 12, 5 : *Quidquid habet amicus commune est nobis, sed illius proprium est, qui tenet; uti iis illo nolente non possum*).

(1) Preisigke, *Wörterb. d. Griesch. Papyrusurk., ad h. v°.*

(2) Son autorité serait plus grande si, avec M. Arangio-Ruiz (*P. S. I., n° 1182,* p. 47, n. 2; *Revue Al Qanoun...*, t. IV (1934), p. 73, n. 6), on conjecturait que cette glose doit, non pas expliquer le mot latin, mais se substituer à lui, le scribe ayant écrit par erreur *ceterorum* au lieu d'*extraneorum*, et n'ayant pu commodément faire la correction dans le texte même. Si Gaius avait écrit *extraneorum*, il serait vraisemblable qu'il entendait par là les *heredes extranei* (c'est le sens du terme dans 25 passages des Inst. (spéc. II, 152), le sens plus général ne se trouvant que 15 fois).

(3) Du moins au point de vue économique et social. Mais la modification juridique, qui résulte de la transmission successorale, n'a pas à s'exprimer d'une façon spéciale puisque celle-ci a lieu de plein droit (Poisnel, *N. R. H. D.*, 1879, p. 449 ; Cuq, *Inst. jur.*, p. 726 ; Girard, *Manuel*, p. 923). Les auteurs qui croient à l'existence d'une forme doivent la chercher, en dehors des indications données par Gaius, soit dans le droit comparé (Arangio-Ruiz, *P. S. I., n° 1182*, p. 35-36; *Revue Al Qanoun...*, p. 75-77), soit dans les textes littéraires (Collinet, *R. H. D.*, 1934, p. 102-104). M. Monier ne semble pas supposer l'existence d'une forme quelconque (*Nouv. frag.*, p. 22). De même, M. Giffard estime qu'il n'y a là qu'une communauté continuée (*Communication précitée*). — Cf. également, E. Levy, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 287-288.

choses, la désagrégation du patrimoine familial qui, seule, exigerait une forme : celle du partage (1).

La communauté entre *alii* doit, au contraire, être créée, puisque jusque-là ses membres ne vivaient pas unis sur le fonds commun (2). Gaius ne dit plus qu'elle existe (*erat*), mais qu'elle est obtenue à la demande de ceux qui la désirent (*qui volebant*) (3), et qu'elle résulte d'un acte *apud praetorem*. Il ne désigne cet acte que par l'expression générale de *Legis actio*. Peut-être ne savait-on plus exactement, dès le IIe siècle, en quoi consistait cette forme, et l'on ne peut à son sujet faire que des hypothèses (4). Mais il est certain qu'elle traduisait la manifestation de volonté des *alii*, désireux de former le *consortium*.

(1) Le *consortium* n'est « volontaire » que parce qu'il n'est pas imposé par la loi (Girard, *Manuel*, p. 611, n. 2). Mais il n'est pas créé par un acte de volonté spécial. Girard (*Manuel*, p. 895) écrivait de la succession des *sui* : « Elle se produit par là même que des gens qui vivaient en commun au milieu d'une masse de biens continuent d'y vivre après la disparition de l'un d'entre eux... C'est la prolongation d'un état préexistant plutôt que la création d'un état nouveau. Le changement n'est pas qu'ils gardent les biens : il consisterait à ce qu'ils leur fussent enlevés ». — Cf. E. Levy, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 279 : « Weil sie (die *societas*) unmittelbar, d. h. ohne einem neuen *consensus* zu benötigen, einfach die *continuationem dominii* der *sui heredes* verkörpert ».

(2) Il en est ainsi même du *consortium* entre *heredes extranei*, qui ne vivaient pas en commun sur le fonds dont ils héritent.

(3) Il emploie l'expression *societatem coire*, dont M. E. Levy (*Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 290) souligne le sens technique chez Gaius (III, 148, 149), qui se trouvait déjà chez Q. Mucius (D. 17, 2, 30), Cicéron (*Pro P. Quinctio*, 24, 76), Proculus (D. 17, 2, 76), Celse (D. *h. t.*, 75) et que l'on rencontre également chez Paul (D. *h. t.*, 3, 1).

(4) Le caractère non contentieux de cette *Legis actio* est certain. Sa forme propre l'est beaucoup moins. Gaius désignant (II, 24) l'*in jure cessio* sous le terme de *Legis actio*, on pourrait être tenté d'y voir un acte analogue (M. Arangio-Ruiz, *P. S. I.*, *n° 1182*, p. 38-39; *Revue Al Qanoun...*, p. 77, pense que le procès fictif consistait à faire reconnaître la fraction à laquelle chacun avait droit. M. Giffard, *Comm. préc.*, propose l'idée d'une *cessio in jure* avec prononciation de *certa verba*, paroles initiales de l'action F. E., qui, n'étant pas suivies de l'appel au partage, faisaient naître le *consortium*). Mais cette *in jure cessio* serait d'un type très particulier, car elle tendrait moins à des transferts réciproques de droits qu'au maintien de l'unité d'une succession.

L'analyse du texte de Gaius montre donc une différence certaine dans la formation du *consortium*, selon qu'il se produit entre *sui* ou entre *alii*, encore que les règles de gestion soient identiques dans les deux cas. Tandis que le premier est une conséquence de la dévolution successorale et se réalise dès lors qu'au décès du père de famille les enfants s'abstiennent de demander le partage, le second résulte d'une manifestation expresse de volonté. Cette différence dans le mode de constitution prouve une différence dans le caractère même de l'institution : le *consortium* est tantôt naturel et tantôt volontaire. Dans une certaine mesure, et avec les réserves qu'impose l'emploi d'expressions aussi anachroniques, la première forme correspond à l'indivision héréditaire, alors que la seconde peut paraître une première ébauche de la société (1).

Aussi est-ce le premier type seul qui intéresse nos recherches, et nous n'avons pas à insister sur les difficultés soulevées par la constitution du second.

Les raisons qui pouvaient inciter les enfants à continuer la vie commune, après la disparition du père, sont faciles à imaginer. La plus forte d'entre elles fut sans doute l'étroite cohésion morale de la famille romaine primitive et le souvenir de l'ancienne communauté du groupe. L'indivision héréditaire se présente, sous une construction juridique différente, comme le prolongement de la propriété familiale, dont nous rappelions l'existence au début de cette étude. Elle offrait, en outre, des avantages économiques qui devaient la faire adopter par des populations essentiellement agricoles. Elle évitait le morcellement du domaine, préjudiciable à son bon rendement (2). Le maintien de la vie commune assurait

(1) M. Monier voit dans cette dernière « une étape intermédiaire entre l'indivision successorale et le contrat consensuel de société » (*Nouveaux frag.*, p. 24).

(2) Cela était d'autant plus nécessaire que le domaine était plus petit. Valère Maxime (IV, 4, 8) cite l'exemple des « *Sexdecim Aelii... quibus una domuncula erat et unus in agro Veiente fundus* », dont la culture

une main-d'œuvre suffisante à son exploitation (1). Aussi est-ce parmi les paysans que l'indivision familiale subsistera le plus longtemps (2).

D'après certains auteurs, le *consortium* présentait en outre un avantage d'ordre politique. Les *consortes* vivant en commun auraient figuré dans la classe où leur père avait été recensé, au lieu d'être inscrits dans celle correspondant à leur part d'héritage. L'idée, émise autrefois par Poisnel (3), a été reprise récemment, sans avoir cependant dépassé le domaine des conjectures (4).

Enfin, selon une hypothèse proposée par M. Michon, le *consortium* aurait permis à l'agnat d'usucaper les biens du *de cujus*, dont il n'est pas reconnu héritier avant les XII Tables (5). A côté des motifs moraux, économiques et politiques, ce serait un motif juridique, qui en expliquerait la pratique.

Le *consortium*, indivision héréditaire (6), s'étendait naturellement à l'ensemble de la succession. S'il se formait entre héritiers siens, jusque-là dépourvus de patrimoine propre, il

exigeait moins d'ouvriers qu'il n'avait de propriétaires. Cf. la « *parva villa a patre relicta non sane major jugero uno* » des « *Fratres Veianii ex agro Falisco* », dont parle Varron : *De R. r.*, III, 16.

(1) Cette exploitation familiale est citée par Varron, *De R. r.*, I, 17 : *...omnes agri coluntur hominibus servis aut liberis, aut utrisque. Liberis, aut quum ipsi colunt, ut plerique pauperculi cum suo progenie.*

(2) Cicéron, *In Verr.*, III, 57 : *Sostratus et Numenius et Nymphodorus ejus civitatis, cum ex agris tres fratres consortes profugissent...*

(3) *Recherches sur les sociétés universelles chez les Romains, N. R. H. D.*, 1879, p. 449, n. 1.

(4) Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 11; Arangio-Ruiz, *P. S. I.*, *n° 1182*, p. 36, n. 3; *Revue Al Qanoun...*, t. IV (1934), p. 75; Monier, *Nouveaux frag.*, p. 25. Elle peut se prévaloir d'une définition de Festus (v° *Duicensus*) et d'un édit des consuls Q. Fabius Maximus et M. Claudius Maximus obligeant les citoyens à fournir un certain nombre de matelots selon le recensement de leur fortune ou de celle de leur père (Tite-Live, 24, 11).

(5) *Autour des origines légales de l'agnation externe* (*Mélanges Cornil*, t. II, p. 119).

(6) Cette forme est la seule qui intéresse notre étude.

comprenait toute la fortune dont ils venaient d'hériter (1). Au contraire, lorsque des *sui juris*, titulaires de biens propres, étaient appelés à une succession qui restait indivise, le *consortium* se limitait à celle-ci (2). Alors même que l'on supposerait la possibilité pour les héritiers de ce second groupe de mettre leurs propres en commun, la communauté, qui en résulterait, ne se présenterait plus comme une indivision successorale. Elle se rapprocherait, avant la lettre, d'une société (3).

Les nouveaux *fr.* de Gaius apportent des indications précieuses sur les pouvoirs accordés aux *consortes* dans la gestion de ce patrimoine indivis. Pernice avait autrefois conjecturé qu'ils pouvaient librement disposer de leur part, mais non de la totalité du patrimoine indivis. Il appuyait cette solution sur les textes bien postérieurs des jurisconsultes classiques, qui se référaient à l'indivision et non au *consortium*, depuis longtemps disparu (4). Plus récemment M. Branca, reprenant les conceptions de Bonfante sur la famille primitive, supposait au contraire que les copropriétaires avaient pu à l'origine disposer seuls de l'intégralité du bien, dès lors que les autres ne s'y opposaient pas. Il qualifiait ce régime de « *dominio in solido di tutti i soci* », ou de « *dominio plurimo intregrale* » (5).

Le texte nouveau confirme cette dernière hypothèse. La particularité de ce régime, dit-il (*illud proprium erat*), c'est que :

Vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat : item unus rem

(1) Festus assimile *sors* et *patrimonium* (*supra*, p. 12, n. 2).

(2) Pernice, *Z. S. St.*, t. III (1882), p. 69, 79; Giffard, *Comm. préc.* On ne saurait faire état ici des textes bien postérieurs de Papinien (D. 17, 2, 52, 6 et 8) que nous retrouverons en étudiant le droit classique (*infra*, p. 56).

(3) E. Levy, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 289.

(4) *Z. S. St.*, t. III (1882), p. 70.

(5) *Il regime degli atti di disposizione materiale nel condominio romano classico*, *Riv. it. sc. giur.*, t. VI (1931), p. 248-250.

communem manc[ipando ejus faciebat qui mancipio accipiebat] (1).

Il était donc permis à l'un quelconque des *consortes* d'affranchir un esclave commun. Mais celui-ci, loin d'être l'affranchi du seul *manumissor*, devenait l'affranchi de tous. Bien que la fin de la phrase suivante, relative à l'aliénation par mancipation d'une *res communis*, opérée par un seul des copropriétaires, soit perdue, le lien, établi par *item*, entre cet exemple et celui qui précède, ne laisse aucun doute sur l'analogie des solutions (2). De même que l'affranchissement, l'aliénation opérée par un seul était valable pour le tout.

Les exemples choisis par Gaius concernent les actes les plus graves : les actes de disposition. A plus forte raison, ceux de simple administration devaient-ils être autorisés. On peut donc conclure de ce passage que les *consortes* avaient les pouvoirs d'un plein propriétaire, non seulement sur leur part, mais sur l'ensemble du patrimoine (3).

Ces pouvoirs révèlent une conception tout à fait particulière de l'indivision familiale (*proprium erat*, dit Gaius). Celle-ci n'est pas un simple *modus vivendi* transitoire, une construction juridique nécessaire pour concilier la reconnaissance des droits particuliers de chacun avec le maintien de l'unité du patrimoine. Cette conciliation, nous verrons les jurisconsultes classiques s'efforcer de la fournir dans les

(1) *P. S. I.*, *n° 1182*, l. 38-44. La lecture de ce passage a été rendue difficile par une série de fautes du scribe répétant des termes ou des lettres inutiles et par la perte du bas de la page (Cf. Arangio-Ruiz, *eod.*). Mais le savant éditeur déclare que, malgré ses essais pour reconstruire autrement le passage, dont le sens lui semblait « au premier abord si absurde », la lecture qu'il propose est « la seule possible au point de vue diplomatique » et « la seule convenable au point de vue du fond » (*Revue Al Qanoun...*, t. IV (1934), p. 79).

(2) Cf. E. Levy, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 281.

(3) M. Arangio-Ruiz (*Revue Al Qanoun*, p. 79) suppose également que les mêmes règles s'appliquaient à la constitution des servitudes réelles, et MM. Collinet (*R. H. D.*, 1934, p. 106) et Monier (*Nouv. frag.*, p. 25) aux actes d'acquisition.

diverses hypothèses pratiquesou elle paraîtra nécessaire. Nous verrons plus tard les Byzantins tenter de l'intégrer dans une construction doctrinale. A l'époque du *consortium* primitif, elle paraît inutile. C'est qu'une idée domine toute cette organisation, celle de la vie en commun sur la propriété familiale. Sans doute l'indivision héréditaire est une notion différente de celle de propriété familiale. Elle en est cependant la prolongation naturelle. C'est elle qui fut la plus profonde raison de maintenir l'unité après le décès du *pater*. Lorsque le souvenir s'en estompera, le régime du *consortium* disparaîtra peu à peu. Elle explique ces pouvoirs, juridiquement exorbitants, permettant de disposer d'un bien, dont on n'est pas seul propriétaire, parce que l'acte est accompli dans le cadre familial. La notion d'un droit limité de façon mathématique à une partie du bien, ou même celle d'une restriction à la liberté de disposer, résultant de l'existence d'autres droits identiques, est étrangère à l'organisation du *consortium*. Au contraire, celle de l'unité familiale s'impose, laissant au second plan celle des droits individuels (1).

Le *consortium* n'est pas conçu comme la réunion de titulaires multiples de droits identiques. Il présente une unité profonde aussi bien par la communauté qui existe entre ses membres que par l'unité du patrimoine sur lequel il s'étend. On comprend dès lors que l'un des *consortes* puisse par son acte disposer du tout. Des conceptions analogues se retrouvent dans un pays dont les communautés de frères nous sont bien connues : l'Egypte. Mais l'organisation du régime y était plus complète, l'un des frères,en général l'aîné, étant souvent désigné pour administrer le patrimoine indivis. A Rome, au

(1) Cf. Arangio-Ruiz, *P. S. I.*, n° *1182*, p. 41-42; *Revue Al Qanoun...*, p. 79 : « La communauté de famille n'est pas une confluence fortuite de droits appartenant à plusieurs individus sur la même chose, elle est l'exploitation collective d'un patrimoine envisagé comme une unité indivisible ».

Cela semble difficilement conciliable avec l'idée d'une *Legis actio* créant le *consortium* par la reconnaissance du droit de chacun à une part (Cf. Monier, *Nouv. frag.*, p. 25, n. 4).

contraire, tout *consors* pouvait juridiquement disposer des biens. On ne saurait, faute de documents, dire si, dans la pratique, l'un d'eux ne prenait pas une place prépondérante (1).

Il faut d'ailleurs rappeler que ce régime fonctionna dans une société où les échanges restaient limités. Les *consortes* vivaient du produit de leurs terres et du travail de leurs esclaves. L'aliénation des unes, l'affranchissement des autres eussent été aussi préjudiciables à l'auteur de l'acte qu'à ses compagnons.

D'autre part, la vie commune permettait d'exercer un contrôle étroit sur les actes de chacun (2). Enfin, que les *consortes* ait eu la faculté de s'opposer à l'acte jugé dangereux (3), que la *fides* ait dominé l'ensemble de ces relations familiales (4), que peut-être même les tiers appelés à donner leur concours à de tels actes (témoins ou préteur) s'y soient refusés lorsqu'ils les estimaient frauduleux (5), ce sont là des hypothèses très probables, nécessaires même à expliquer que le régime ait pu fonctionner. Mais ce ne sont que des éléments accessoires, qui rendent compte des modalités d'application du système, non de son existence même.

La notion de propriété familiale, qui était à la base même du *consortium*, devait favoriser le maintien de la communauté. Nous avons cru trouver dans la loi de Gortyne le souvenir d'une époque où le partage n'était pas pratiqué. Dans cette loi même, s'il est possible, il n'est pas encore reconnu comme un droit absolu, dont le respect peut être imposé par

(1) Ici comme ailleurs il faudrait pouvoir distinguer les principes juridiques et leur application pratique. Cela serait utile pour tout ce qui concerne les relations familiales où, comme le notait déjà Ihering (*Esprit du dr. romain*, t. II, p. 191-192), la réglementation légale ne peut et ne doit être qu'assez lâche.

(2) Collinet, *R. H. D.*, 1934, p. 106; E. Levy, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 282.

(3) Arangio-Ruiz, *P. S. I.*, n° *1182*, p. 41.

(4) Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 12-13.

(5) Arangio-Ruiz, *Revue Al Qanoun...*, p. 80-81.

une sanction judiciaire. Karlowa (1) avait autrefois soutenu que le *consortium* primitif ne pouvait pas davantage faire l'objet d'un partage. Il faisait valoir que la formule « *ercto non cito* » devait être un impératif par laquelle les XII Tables prohiberaient le partage. Mais Pernice réfuta cette doctrine (2) : l'expression invoquée ne pouvait être un impératif, celui-ci se construisant dans les XII Tables avec *ne*, et non pas *non*. Les termes de *societas inseparabilis*, employés par Aulu-Gelle, n'étaient qu'une façon imagée de s'exprimer. Il faut d'ailleurs remarquer qu'ils ne se réfèrent *in terminis* qu'à la société pythagoricienne et non au *consortium* (3).

On ne saurait s'arrêter à ces hypothèses sur le droit antérieur aux XII Tables. A partir de celles-ci, le droit au partage est certain, et il trouve sa sanction dans l'action *familiae erciscundae*.

Un passage de Gaius, inséré au Digeste, rattachait l'action *familiae erciscundae* à la loi des XII Tables (4). On s'accordait en général pour entendre sa formule imprécise (« *haec actio proficiscitur e lege...* ») comme prouvant que sa création remontait à la législation décemvirale (5). Cette doctrine est aujourd'hui confirmée. Le *P. S. I.*, *n° 1182* (l. 195-197), déclare plus nettement : *de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex (XII Tabularum) per judicis postulationem agi jus[sit]*. Il paraît difficile de faire remonter au delà de cette loi la reconnaissance du droit au partage, sanctionnée

(1) *Legisactionen*, p. 143.

(2) *Z. S. St.*, t. III (1882), p. 71-72 ; Girard, *Manuel*, p. 611, n. 2.

(3) M. E. Levy, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 285, conjecture qu'à une époque très ancienne le *consortium* ne pouvait être rompu.

(4) (7 *ad ed. prov.*), D. 10, 2, *F. E.*, 1, *pr.* : *Haec actio proficiscitur e lege duodecim Tabularum : namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.*

(5) Berger, *Teilungsklagen*, p. 5 (et les auteurs cités) ; Michon, *Mélanges Cornil*, t. II, p. 119-120 ; Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 11-12 ; Cuq, *Inst. jur.*, p. 549 ; Girard, *Manuel*, p. 667.

par une action. Les actions de la loi ne sont en effet possibles qu'en vertu d'une disposition législative (1), et la *judicis postulatio*, en particulier, ne peut être employée que dans les cas où la loi l'ordonnait (2). Alors même que l'on admettrait la possibilité de partages opérés du consentement de tous les *consortes* avant les XII Tables (3), on ne saurait parler pour cette époque d'un droit absolu au partage.

L'introduction d'une action en partage témoigne d'un premier affaiblissement des liens familiaux. Peut-être aussi le maintien des frères sur le patrimoine paternel n'est-il plus indispensable pour suppléer au défaut de vocation successorale des agnats, celle-ci étant reconnue par les XII Tables (4). En présence de ces transformations juridiques et sociales, les décemvirs ont créé une action en partage, confiée à la décision d'un arbitre, de même qu'à Athènes existait une action en partage remettant à des experts (δατηταί) le soin de composer les lots (5).

Comme toutes les actions de la loi, l'action en partage comportait la prononciation de certaines formules sacramentelles,

(1) Avec certaines réserves pour la *pignoris capio*, Gaius, IV, 26.

(2) *P. S. I.*, *n° 1182*, l. 178-181.

(3) On ne peut savoir comment s'opérait ce partage amiable. M. E. Levy (*Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 286) songe à des *certa verba* et à une *Legis actio* non contentieuse (*in jure cessio*).

(4) Michon, *Mélanges Cornil*, t. II, p. 119.

(5) Beauchet, *Droit privé*, t. III, p. 643-646. Aucune preuve n'existe d'une influence de la législation grecque sur celle des décemvirs en cette matière. On peut seulement relever l'analogie entre les deux actions tendant toutes deux à faire désigner par le juge des arbitres qui statueront avec de larges pouvoirs d'appréciation. D'autre part, l'absence de *poena* dans l'action *F. E.* serait une autre ressemblance avec l'action grecque, s'il était certain que celle ci n'entraînait pas l'*épobélia* (en ce sens, Caillemer, v° *Datetai*, *Dict. de Daremberg et Saglio*; Beauchet, *op. cit.*, p. 646). Pour une autre action en partage, l'action *finium regundorum*, Gaius signale un emprunt à la législation de Solon (*4 ad leg. XII Tab.*), D. 10, 1, *fin. reg.*, 13 (Mais Karlowa, *R. R. G.*, II, 2, p. 158, n. 4, conteste l'opinion de Gaius. — Cf. en sens divers, Mitteis, *Röm. Privatrecht*, p. 16; Païs, *Storia critica...*, p. 264-265; *Richerche sulla Storia...*, p. 161; Bonfante, *Corso*, II, 1, p. 283-284).

auxquelles Cicéron fait encore allusion lorsqu'il déclare qu'un avocat n'a pas besoin pour plaider dans une affaire de partage successoral de savoir *quibus verbis erctum ciere oporteat* (1).

La procédure même de l'action nous est moins mal connue depuis la découverte du *P. S. I.*, *n° 1182*. Il était depuis longtemps admis que l'action *familiae erciscundae* s'exerçait par *judicis arbitrive postulatio* (2). Le texte nouveau (l. 194-197) confirme cette hypothèse. Il suffira ici de dégager l'aspect général de cette procédure (3).

Gaius n'indique pas, en détail, la procédure de l'action *familiae erciscundae*. Il expose seulement les caractères généraux de la *judicis postulatio*. Nous avons déjà dit que cette procédure n'était possible que lorsque la loi en autorisait expressément l'emploi. D'autre part, il était nécessaire d'indiquer, dans les paroles solennelles, la cause en vertu de laquelle on agissait (4). Il fallait donc faire mention de la demande en partage d'indivision successorale.

En second lieu, la *judicis postulatio* n'exposait pas à une amende. C'est là un des caractères les plus remarquables de

(1) *De orat.*, I, 56, 237. Il est difficile de croire que cette formule fasse allusion au partage amiable (E. Levy, *Z. S. St.*, t. LIV, p. 286). Antoine, dans ce passage, répond à Crassus qui exigeait qu'un avocat connaisse le droit, et qui a signalé des procès où l'avocat l'ignorait. Dans sa réponse Antoine doit envisager les mêmes cas (par exemple l'ignorance de la formule de l'action dans laquelle on plaide) et non pas simplement celui où l'avocat ignorerait les formes d'un acte différent de celui qui est en question (partage amiable et partage judiciaire).

(2) Par ex. Audibert, *L'évolution de la formule des actions F. E. et C. D.* (*Mélanges Appleton*, p. 7); Lenel, *Edictum*, p 207, n. 1; Girard, *Organisation jud.*, p. 78, n. 2; *Manuel*, p. 667, n. 5; Cuq, *Inst. Jur.*, p. 550, n. 1.

(3) Afin de ne pas fragmenter l'étude des caractères particuliers aux actions en partage, nous renvoyons au chap. V pour ce qui concerne leur caractère arbitral, bien que ce chapitre traite plus particulièrement de la procédure formulaire.

(4) *Itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur* (l. 201-203). Les termes de l'action née de la stipulation en donnent un exemple : *Ex sponsione te mihi .. dare oportere aio* (l. 185-187).

cette action (1), qui ne se limite pas aux actions en partage et qui par conséquent ne peut s'expliquer simplement par le caractère particulier de ces actions (2).

D'après la description faite par Gaius de l'action née de la *stipulatio*, on peut supposer que le *consors*, désireux d'obtenir le partage, commençait par affirmer sa prétention, et peut-être demandait-il à ses *consortes* de déclarer s'ils consentaient ou non à y procéder. La réponse affirmative de ceux-ci eut rendu inutile la suite de la procédure. Le partage se serait opéré entre eux à l'amiable (3). Mais si l'un d'eux se refusait au partage, soit qu'il préférât rester dans l'indivision, soit que la composition projetée des lots ne lui convînt pas, l'intervention de la justice, pour faire respecter le droit de chacun au partage devenait nécessaire. Sur l'opposition d'un des *consortes*, l'*actor*, en prenant acte (4), demandait aussitôt (*statim*) la nomination d'un arbitre (5).

(1) C'est même, selon certains auteurs, sa raison d'être : Schœnbauer, *Studi Riccobono*, t. II, p. 392 sq. ; Monier, *Nouv. frag.*, p. 28 ; Arangio-Ruiz, *Revue Al Qanoun...*, t. IV (1934), p. 85 ; Collinet, *R. H. D.*, 1934, p. 108.

(2) L'absence de *pœna* existe même si l'action, au lieu d'être déférée à un arbitre, l'est à un *judex* (Cf. Arangio-Ruiz, *loc. cit.*). M. Collinet (*loc. cit.*) en conclut que la *judicis postulatio* « servait de sanction à des rapports juridiques n'ayant aucun caractère pénal ».

(3) On ne voit pas pourquoi le partage n'eût été possible qu'en justice. De même que le partage conventionnel existera plus tard et qu'il était pratiqué chez d'autres peuples, de même devait-il être possible lorsque tous les *consortes* étaient d'accord sur son principe et sur la composition des lots. La formation du *consortium* n'exigeait pas toujours, elle non plus, l'intervention du magistrat. Le partage amiable était peut-être désigné par *disertio* : Festus (dans Paul Diacre, 72), v° *Disertiones* (ou *desertiones*) : *divisiones patrimoniorum inter consortes.*

(4) M. Monier (*Nouv. frag.*, p. 29) conjecture que la formule ne devait pas porter les mots *quando negas* et que les plaideurs ne faisaient que mentionner la cause de leur action et la demande d'un arbitre (p. 32). Le recours à la justice implique cependant l'existence entre eux d'une difficulté.

(5) On peut hésiter sur le point de savoir si la formule faisait allusion au juge et à l'arbitre (*Judicem sive arbitrum* : Gaius, *P. S. I.*, n° *1182*, l. 190-191 ; *judicem arbitrumve* : Valerius Probus, 4, 8) ou seulement à l'ar-

Le nom même donné à l'action en précise l'objet. Gaius (II, 219) indique qu'elle a lieu *inter heredes de hereditate... dividunda.* Le but de l'action, le partage, est désigné par *erciscundae*, son objet, le patrimoine héréditaire, par *familiae.* Sous ce terme de *familia*, le droit classique entendra le patrimoine, pris dans son ensemble, l'*hereditas* recueillie par les *consortes.* Gaius (II, 219) définit le *judicium familiae erciscundae* : *quod de hereditate... dividunda accepti solet* (1), et ailleurs il indique qu'il sert à partager les *res hereditariae* (2). Nous verrons, en effet, qu'en droit classique les obligations se divisent de plein droit au décès du *pater* et que l'*hereditas* indivise ne comprend que les biens corporels. Ces principes sont-ils déjà applicables à l'époque ancienne, et doit-on considérer que la *familia*, soumise au partage, comprend seulement les *corpora hereditaria*, mais n'en excepte aucun?

La division de plein droit des créances et des dettes est un principe que des témoignages postérieurs s'accordent à faire remonter aux XII Tables (3). Mais le terme *familia* désignait-il tous les biens corporels du *paterfamilias* défunt? On sait les difficultés soulevées par l'interprétation de ce terme, l'opposition que, pour certains (4), il révèle avec le terme *pecunia.* Selon d'autres auteurs, cette opposition ne saurait être retrouvée aujourd'hui, et dès les XII Tables elle s'estompait ou disparaissait (5).

Il est bien certain qu'en droit classique l'opposition entre les deux expressions a perdu toute valeur. Mais leur dualité

bitre (en ce sens, Monier, *Nouv. frag.*, p. 23). Mais l'affaire était renvoyée à un arbitre (*infra*, chap. V).

(1) Cf. II, 102 : *...familiam... id est patrimonium.*

(2) D. 10, 2, *F. E.*, 1, *pr.*

(3) *Infra*, chap. III, sect. 4.

(4) Par ex. Cuq, *Inst. jur.*, p. 236, n. 3 et p. 243, n. 3; Bonfante, *Scr. Giur.*, t. II, p. 211; Wlassak, *Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht*, p. 15; Siber, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 413.

(5) Girard, *Manuel*, p. 272, n. 3; Beseler, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 323.

même laisse supposer qu'à l'origine elles désignaient deux masses de biens distincts. Sur la nature de cette opposition, on ne peut que faire des hypothèses, car elle nous reporte à une époque dont nous connaissons très mal, non seulement les règles juridiques, mais l'organisation sociale et la vie économique (1).

Le terme de *familia*, qui seul nous intéresse ici, désigne en droit classique, outre le patrimoine en général, une fraction de celui-ci, le groupe des esclaves (*familia urbana*, *rustica*) (2), et, dans un sens personnel, le groupe des parents, soit simplement ceux vivant sous l'autorité du *pater* (par ex. Gaius, I, 111), soit la famille au sens large, comprenant les agnats et les *gentiles* (3). Ces significations multiples se rejoignent cependant dans une idée commune qui permet de découvrir le sens primitif de l'expression : celle d'un groupe vivant en commun. La *familia* comprend à la fois des personnes qui mènent cette vie commune et les biens nécessaires à leur existence (domaine et instruments d'exploitation, animaux, esclaves). Dans son sens patrimonial, la *familia* désigne la propriété familiale (4), et l'action *familiae erciscundae* est l'action qui opère le partage de cette propriété entre les *heredes sui*.

L'expression technique, désignant l'action en partage de succession, est en effet ancienne. Gaius, qui craint que les lecteurs de son manuel élémentaire ne l'entendent plus, en donne une explication (II, 219). Le terme *erciscundae*, en

(1) Nous excluons ici la question controversée des rapports de cette opposition avec celle des *res mancipi* et *nec mancipi*, qui ne pourrait que compliquer nos explications (Cf. en faveur de l'assimilation : Ihering, *Esprit du Droit romain*, t. II, p. 161; Karlowa, *R. R. G.*, t. II, p. 75; Bonfante, *Scr. giur.*, t. II, p. 211-212. *Contra*, en dernier lieu, Wlassak, *Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht*, p. 37-39).

(2) Par ex. *Sent. de Paul*, V, 6, 3. D'après MM. Ernout et Meillet (*Dict. étym.*, v° *Famulus*) *familia* viendrait de *famulus* et aurait désigné primitivement le groupe des esclaves.

(3) Festus, v° *Familia* (dans Paul Diacre, 86); Ulpien (46 *ad ed.*), D. 50, 16, *de V. S.*, 195, 1.

(4) Cf. Siber, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 413.

particulier, en révèle le caractère archaïque. Lorsque, plus tard, une nouvelle action en partage sera créée, on aura recours à un mot plus moderne : *dividundo*. Aussi, est-il à penser que *familia* est ici employé dans son sens ancien, et doit s'entendre de la propriété familiale (1).

Cette interprétation corrobore celle que nous avons donnée plus haut quant au caractère du *consortium*. Tant par sa formation « automatique » au décès du *pater* que par ses règles propres de gestion, il nous est apparu comme la continuation de la vie familiale. L'indication, fournie sur sa composition par le nom de l'action qui en marquait le terme, complète et confirme ces premières données.

Est-ce à dire cependant que ce qui échappait à cette propriété familiale, ce que l'on considère en général comme la fortune personnelle du *pater*, désignée peut-être sous le terme de *pecunia*, ne faisait pas partie du *consortium* et ne pouvait donner lieu à l'action *familiae erciscundae*? On ne saurait donner à cette question une réponse tranchée. Dès les XII Tables, la *familia* est soumise au droit de disposition du *pater*. Si l'on peut encore en admettre l'individualité économique, qui en fait un « bien de famille », elle est, du point de vue juridique, la propriété du *pater*. Et par là même s'estompe l'opposition des deux termes, qui bientôt ne sera plus comprise. L'unité juridique du patrimoine, dont le *pater* est titulaire, existe désormais. Si celui-ci n'a pas disposé de certains de ses biens au profit d'étrangers, les *sui* recueilleront l'intégralité de ce patrimoine, réunissant les deux éléments économiquement distincts : le bien familial, exploitation nécessaire à la vie de la famille, et la richesse acquise, qui se présente, en une certaine mesure, comme le superflu. Ainsi l'action *familiae erciscundae*, créée pour opérer

(1) Pour M. Solazzi (*Dir. eredit.*, t. I, p. 89), le terme de *familia* aurait été préféré à celui d'*hereditas*, qu'il suppose exister dès les XII Tables, parce que l'action servirait également au partage entre les agnats et les *gentiles*, ceux-ci n'étant pas, d'après le savant italien, des *heredes*, mais ayant simplement un *jus habendæ familiæ*.

le partage du bien familial, échu aux *heredes sui*, s'étend à l'ensemble des biens dont ils ont hérité.

Il reste cependant un bien qui, peut-être, échappait au partage. C'est l'*heredium*, petite propriété de deux jugères, dont la légende fait remonter l'assignation à Romulus, et qui aurait constitué le patrimoine familial primitif, indivisible (1).

L'hypothèse est plausible, l'étroitesse de ce domaine se prêtant mal à un morcellement, et elle a trouvé des défenseurs (2). Mais il faut reconnaître le silence des textes à ce sujet. L'*heredium* restait-il indivis entre tous les héritiers, ou bien était-il attribué à un seul; comment était désigné ce dernier et quelle compensation était donnée aux autres; à quelle époque, enfin, cette indivisibilité disparut-elle, sans doute avec l'existence distincte de l'*heredium* lui-même? autant de questions auxquelles on ne peut actuellement donner aucune réponse certaine.

L'action comportait-elle, dès cette époque, le règlement des rapports, que le droit postérieur désignera sous le nom de *praestationes*? En d'autres termes, la gestion commune exercée par les *consortes* pouvait-elle faire naître entre eux des créances et des dettes? Celui qui agissait ou qui observait une inaction préjudiciable engageait-il sa responsabilité? Les dépenses faites dans l'intérêt de tous, ou, à l'inverse, l'enrichissement tiré de la chose commune aux dépens des autres, faisaient-ils l'objet de recours? A toutes ces questions, on ne peut, en l'absence de texte, donner aucune réponse (3).

(1) Varron, *De R. r.*, I, 10, 2 : *Bina jugera, quod a Romulo primum divisa viritim, quae heredem sequerentur, heredium appelabat* (Cf. les autres textes dans Mommsen, *Droit public*, t. VI, 1, p. 24, n. 3).

(2) Par ex., Poisnel, *N. R. H. D.*, 1879, p. 448-449; Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 11. Nous avons vu qu'à Sparte le κλῆρος restait indivisible (*supra*, p. 9). Sur sa dévolution, Busolt-Swoboda, *Griechische Staatskunde*, 3e éd., t. II, p. 634-635 (dans le *Handbuch der Altertumswiss.*, de Ivan von Müller).

(3) Nous laissons de côté les obligations contractées en commun par les *consortes*, ainsi que la législation sur le cautionnement (Gaius, III, 122, signale une *quaedem societas* créée entre *sponsores* et *fidepromissores* par la *lex Appuleia*). Ce sont là des engagements volontaires qui n'ont pas leur

Ces problèmes présentaient d'ailleurs dans le *consortium* un aspect tout différent de celui qu'ils revêtiront dans l'indivision classique. Le *consortium* est une situation familiale, et c'est dans le cadre de la famille que ces questions se posaient et recevaient leur solution (1). L'étendue toute particulière des droits concédés aux *consortes*, qui tiennent eux aussi au caractère familial du régime, prouve l'impossibilité de transposer ici les solutions classiques. La gestion du patrimoine commun, par les membres de la famille, ne peut donner lieu à des recours analogues à ceux qui existent entre copropriétaires disposant du bien au delà de la part à laquelle ils ont droit. L'acte dans un cas est accompli sur la chose d'autrui, tandis que dans l'autre il l'est sur un bien qui appartient à chaque membre de la famille. On conçoit mal dans pareil régime des règlements pécuniaires en justice. Si l'acte lèse la famille, c'est la famille elle-même qui s'y opposera ou qui punira son auteur.

Les règlements pécuniaires devaient donc être, lors du partage, extrêmement réduits, sinon nuls. Le partage portait essentiellement sur les biens corporels, biens fonciers et mobiliers, formant l'exploitation du *pater* défunt (maison, champs, meubles et instruments agricoles, en y comprenant les esclaves et les animaux), dont le *consortium* avait maintenu l'unité.

L'arbitre, commis par le magistrat, recevait de ce dernier le pouvoir nécessaire à opérer le partage, à attribuer à chaque *consors* sa part d'héritage. Bien que les textes ne fassent aucune mention d'une *adjudicatio* dans la procédure primitive des actions en partage, celle-ci était cependant, sous une forme quelconque, une nécessité. Girard reconnaissait déjà que le pouvoir de transférer la propriété dans le *judicium*

source directe ni unique dans l'indivision (Cf. Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 25-29). Poisnel (*N. R. H. D.*, 1879, p. 462, n. 2) supposait que la *societas* de la *lex Appuleia* n'était que la suite des pratiques du *consortium* (Cf. Giffard, *Comm. à la Société d'histoire du Droit*, *R. H. D.*, 1933, p. 598).

(1) En ce sens, Del Chiaro (*op. cit.*, p. 12-13).

legitimum de la procédure formulaire « dérive nécessairement d'un pouvoir semblable déjà exercé par le juge des mêmes actions au temps où elles s'intentaient par *Legis actio* » (1).

Indivision héréditaire avant tout, le *consortium* sera partagé entre les divers ayants droit selon les règles du partage des successions (2). S'il a lieu entre fils du *de cujus* il se fera par parts égales. Mais si l'un d'eux est mort, laissant des enfants, le partage se fera par souche, les enfants du fils prédécédé ne venant que pour une part, en présence de leurs oncles.

Le *consortium* nous fait connaître l'organisation primitive d'une des formes les plus importantes d'indivision. Son caractère naturel permet de le considérer comme un des types les plus anciens de semblables groupements. Plus tard, l'extension du territoire romain, le développement des rapports sociaux en suscitèrent d'autres, dont on ne saurait fixer, même approximativement, la date d'apparition. L'indivision n'est pas, en effet, le produit d'une modification historique ou d'une innovation législative. Elle est essentiellement un état de fait, le produit de circonstances fortuites, réunissant plusieurs personnes autour d'un même bien. Ce n'est que la constatation des difficultés entraînées par cette situation qui en nécessite l'organisation juridique. Et cette organisation peut n'intervenir que longtemps après la création de la situation de fait. Elle s'élabore peu à peu, sans que la notion d'indivision s'en dégage immédiatement. Les documents anciens sont, en cette matière, fragmentaires et ne fournissent que des données vagues. Ils témoignent de l'existence de groupements nouveaux, nous laissant ignorer leur nature exacte et leur organisation.

(1) *Org. jud.*, p. 92, n. 2.

(2) Pernice, *Z. S. St.*, t. III (1882), p. 69. Il n'en serait autrement que si, dans le *consortium* entre *alii*, des biens propres avaient été apportés à la masse commune. Mais il ne s'agirait plus d'une simple indivision successorale.

Parmi ces indivisions, étrangères aux relations familiales, figure l'attribution de terres en commun à plusieurs citoyens lors des assignations dans les pays conquis. On peut reporter à cette époque ancienne les renseignements bien postérieurs des *agrimensores*, qui ne faisaient qu'appliquer aux colonies fondées sous l'Empire les règles traditionnelles de partage du sol.

D'après ces documents, l'étendue du territoire conquis dépassait de beaucoup l'importance des terres attribuées individuellement aux colons. Les fonds de moindre rendement, pâturages ou forêts, faisaient l'objet d'une assignation commune. Celle-ci se faisait selon deux procédés différents. Parfois la jouissance en était laissée à la colonie tout entière, qui devenait titulaire de terrains, comparables à nos modernes « communaux ». D'autres fois, ces biens étaient attribués à certains des nouveaux occupants, ou plutôt à leurs fonds, en général voisins de ces landes ou forêts (1). Frontin dit à leur sujet que la *proprietas* en appartient *ad fundos, sed in commune,* d'où les noms de *communia, pro indiviso* qui leur étaient donnés (2). A côté des terres communes sur lesquelles tous pouvaient exercer leur jouissance, c'étaient là des terres indivises, attribuées privativement à plusieurs fonds, dont les *possessores* seuls avaient le bénéfice (3).

Les *compascua* apparaissent essentiellement comme un

(1) Hygin, *de Lim. const.*, 201, 12 : *Si qua compascua aut silvae fundis concessae fuerint, quo jure datae sint formis inscribemus. Multis colonis immanitas agri vicit adsignationem, et cum plus terrae quam datum erat superest, proximis possessoribus datum est in commune nomine compascuorum... hae amplius quam acceptas acceperunt, sed ut in commune haberent.*

(2) Frontin, *de controv.*, I, 15, 6 : *Est et pascuorum proprietas pertinens ad fundos, sed in commune ; propter quod ea compascua multis locis in Italia communia appellantur, quibusdam provinciis pro indiviso.* Cf. II, 48, 21-26 : *Relicta sunt et multa loca quae veteranis data non sunt... haec fere pascua certis personis data sunt depascenda tunc cum agri adsignati sunt.*

(3) On signale le plus souvent l'existence de « communaux » sans faire allusion à la possibilité de concéder ces terres à certains colons seulement

mode d'exploitation des terrains de médiocre rendement. L'indivision, qui s'exerçait à leur égard, présente plus d'intérêt au point de vue économique ou social qu'au point de vue strictement juridique. On sait les conflits auxquels donna lieu cette répartition du sol conquis et comment peu à peu les terres communes furent absorbées dans les *latifundia*. Le caractère politique de ces assignations, l'usurpation progressive qu'en firent les grands propriétaires ont exercé leur répercussion sur la condition juridique de ces fonds. Ceux-ci n'étaient pas à l'origine objet de propriété. Les colons n'en avaient que l'usage, l'État s'en réservant la propriété, comme sur tout sol conquis. Peu à peu l'usage commun se transforma en droit de propriété, exercé privativement par un seul.

L'exploitation des domaines ruraux donnait peut-être lieu également à la réunion de plusieurs personnes sur un même fonds, le cultivant en commun et s'en partageant les produits. Mais on ne saurait voir une forme d'indivision dans les rapports du propriétaire et du colon partiaire, malgré les termes de Caton déclarant qu'ils avaient *cetera omnia pro indiviso* (1). L'inégalité de situation entre le propriétaire et le colon, la différence des droits qu'ils exerçaient sur la chose, empêchent de conclure à une indivision. Lorsque l'institution sera juridiquement réglementée, elle suivra les règles du louage, sous réserve de quelques analogies avec la société (2).

(Cf. Marquardt, *Org. de l'Empire*, t. I, p. 131; Pachtère, *Table aliment. de Veleia*, p. 60-62). Mais certaines des expressions de Frontin et d'Hygin ne peuvent laisser de doute sur l'existence de cette seconde forme d'attribution (*proprietas pertinens ad fundos; certis personis data sunt; fundis concessae; proximis possessoribus datum est in commune*) (Cf. Humbert, v° *Communia*, *Dict. de Daremberg et Saglio*). Fustel de Coulanges (*La marque germanique, Problèmes d'histoire*, 1894) a établi, pour le haut Moyen âge, l'existence d'une indivision analogue, au profit des forêts ou des pâturages, le « communal » n'étant pas attesté avant le XII^e^ siècle.

(1) *De R. r.*, 137 : *Vineam curandam partiario, bene curet fundum, arbustum, agrum frumentarium, partiario faenum et pabulum, quod bubus satio siet, qui illic sient, cetera omnia pro indiviso.*

(2) Cf. Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 31. Gaius dira du colon partiaire

Au contraire, les comédies de Plaute montrent certains aspects de l'indivision résultant du commerce ou d'associations plus ou moins licites.

L'esclave Gripus a ramené dans son filet de pêche une valise jetée à la mer (1). Il pense s'en réserver le bénéfice et acheter sa liberté avec l'or qu'il espère y trouver. Mais Trachalion a assisté depuis la rive à cette prise inespérée. Il veut, lui aussi, en avoir une part, arrête Gripus, prétend que sa trouvaille ne lui appartient pas, qu'il est un voleur et, pour ne pas le dénoncer, il exige la moitié du butin. Il se dit complice du larcin (*socius*) et déclare que la prise leur doit être commune (*commune*). Quel que soit le caractère illicite de l'association, la valeur juridiquement contestable des arguments en présence, l'objet même du différend prouve que l'on tient pour indivis l'objet d'une trouvaille faite en commun (2).

Une autre comédie donne une indication fragmentaire, mais intéressante, sur le régime juridique du bien indivis à l'époque de Plaute. Un fils, voulant empêcher son père de vendre une esclave, ramenée de Grèce, déclare qu'il n'en est que copropriétaire et que l'autre maître, absent, ne veut pas que l'esclave soit vendue (3). On ne saurait conclure de ce

qu'il partage avec le maître les profits et les pertes *quasi societatis jure* (D. 19, 2, *loc. cond.*, 25, 6).

(1) *Rudens*, IV, 3.

(2) L'arbitrage que réclame Trachalion, si Gripus se refuse à lui abandonner la moitié de sa prise, n'est pas une simple demande en partage. L'arbitre devra au préalable se prononcer sur l'existence même de l'indivision que Trachalion prétend invoquer.

Cf. sur l'indivision résultant d'une trouvaille commune, que fait connaître pour la Grèce l'*Epitrepontes* de Ménandre : Taubenschlag, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 76-79. L'arbitrage peut être directement inspiré par le modèle grec de Plaute. Mais Huvelin (*Furtum*, p. 207) fait observer avec raison que l'épisode du vol et le conflit auquel il donne lieu doivent correspondre à des idées familières au public romain. Leo (*Gesch. der röm. Literatur*, I, p. 118, n. 3) a démontré que le chantage de Trachalion était une invention de Plaute.

(3) *Mercator*, v. 444-448 : *...Esse credo aliquem qui non velit. ...Quia*

texte que la vente d'un bien indivis n'est possible que de l'accord exprès de tous les copropriétaires. Le fils invoque non seulement l'absence de l'autre maître, mais encore l'opposition qu'il mettrait à la vente (*non velit*). Néanmoins l'indivision, qui résulte d'achat, se révèle par là bien différente de l'indivision héréditaire du *consortium*. Il est remarquable d'ailleurs qu'aucune trace ne se retrouve dans le théâtre de Plaute de cette communauté des *coheredes* après le décès de leur père (1). On ne saurait en conclure qu'elle a déjà disparu. Mais elle ne correspond plus aux besoins de la société commerçante que décrivent ces comédies.

L'indivision nouvelle qui s'y révèle est d'un type différent. Au lieu d'un lien naturel entre membres d'une même famille, c'est une réunion fortuite d'étrangers exerçant concurremment leur activité individuelle. Par là, ces personnes veulent acquérir un droit qui leur appartiendra en propre, et qui ne sera restreint que par le droit identique des autres. On comprend dès lors le nouveau régime, auquel font allusion les comédies de Plaute. Chaque copropriétaire est titulaire d'un droit personnel sur le bien commun. On ne saurait disposer de ce droit contre sa volonté. Cette conception n'est pas seulement le produit d'une évolution de la pensée juridique, d'une modification théorique du concept d'indivision. Elle était imposée par les formes nouvelles que présentait l'indivision, qui avait cessé d'être uniquement une situation familiale.

Ce sont les causes de ces transformations et les conséquences qu'elles allaient entraîner pour la notion de l'indivision, qu'il nous faut maintenant envisager.

illi suam rem esse aequom'st in manu. ...Communis mihi illa est cum alio; is nunc non adest.

(1) Costa, *Diritto romano nelle comedie di Plauto*, p. 397-400.

CHAPITRE I

INDIVISION ET SOCIÉTÉ

L'indivision primitive avait eu son domaine presque exclusif dans le groupe familial. Les rapports sociaux ne se manifestaient guère en dehors de lui, car son étendue et sa forte cohésion les rendaient à la fois peu utiles et difficiles. Mais les transformations politiques et sociales qui marquent le IIIe et le IIe siècle avant notre ère modifièrent ce régime. La décadence de la *gens*, en tant que groupe économique et social, s'achève pour faire place à celui, plus restreint, de la famille. L'extension du territoire et l'accumulation des richesses (1) permettent le développement du commerce, désormais indispensable pour satisfaire aux besoins de groupes plus étroits et plus exigeants. C'est au cours des IIIe et IIe siècles que se produit cette transformation économique bien connue. Le commerce, jusque-là assez peu développé et strictement utilitaire, qui se pratiquait surtout sous forme de troc (2), prend un aspect nouveau. L'usage de la monnaie se développe. Des conquêtes, comme celle de Corcyre (228 av. J.-C.), étendent vers l'Orient les perspectives commerciales (3), et à côté des échanges nécessaires à la vie

(1) Voir les chiffres des *tributa* et des *praeda* pris par Rome sur ses ennemis du milieu du IIIe siècle à 167, dans Bloch et Carcopino, *La République romaine de 133 à la mort de César*, p. 59-61.

(2) Païs, *Histoire romaine*, t. I, *Des origines à l'achèvement de la conquête*, p. 80 et 403, acquisition d'instruments de travail, de fer de l'île d'Elbe, de cuivre d'Etrurie, de céréales d'Etrurie, Campanie, Sicile.

(3) *Eod.*, p. 404, 407.

journalière d'autres apparaissent où le luxe tiendra une place sans cesse croissante (1). L'indivision, qui n'avait eu jusqu'alors qu'à régler des rapports familiaux, voit s'ouvrir ainsi de nouveaux champs d'application. A côté de ces groupements familiaux, qui subsistent, mais ne peuvent suffire aux exigences nouvelles, d'autres formes se créent dont le but essentiel n'est plus la vie commune, mais simplement l'intérêt commun.

Ce sont, à côté de l'indivision héréditaire, portant sur tout un patrimoine, d'autres indivisions, limitées à certains biens, résultant, par exemple, de ventes, donations, legs, ou des relations qui naissent du voisinage urbain. L'apparition de ces indivisions particulières est prouvée par la création, à côté de l'action *familiae erciscundae*, réservée au partage de l'indivision successorale, de l'action *communi dividundo*, qui servira pour les groupements nouveaux.

La date de cette création ne peut être fixée avec précision. Cependant les renseignements fournis par le *P. S. I.*, *n° 1182*, permettent quelque approximation. L'antériorité de l'action *familiae erciscundae* est un fait certain (2), qui fixe un lointain *terminus a quo*. D'autre part, les fragments de Gaius, récemment découverts, confirment un point, déjà soupçonné (3). L'action *communi dividundo* existait dès les

(1) Sur ce développement du luxe au IIe siècle, cf. en dernier lieu, Bloch et Carcopino, *La République romaine...* (*op. cit.*), p. 63-65.

(2) Bekker, *Actionen*, t. I, p. 230; Audibert (*L'évolution de la formule des actions* familiae erciscundae *et* communi dividundo, *Mélanges Appleton*, p. 6, n. 2); surtout, Berger (*Teilungsklagen*, p. 2-5), qui fait observer qu'elle est presque toujours citée avant l'action *C. D.* et que cet ordre reflète sans doute l'ordre chronologique (Ihering, *Esprit du droit romain*, t. III, p. 308, avait déjà considéré comme une méthode « essentiellement romaine » la pratique de placer en tête l'institution la plus ancienne); en outre, on renvoie de l'action *C. D.* à l'action *F. E.*; enfin Gaius (7 *ad ed. prov.*), D. 10, 2, *F. E.*, 1, *pr.*, dit que l'action *F. E.* vient des XII Tables (*adde*, *P. S. I.*, *n° 1182*, l. 195-196). En ce sens, Febr, *Z. S. St.*, t. XXXIII (1912), p. 577; Kübler, *Kritische Vierteljahrsschrift*, t. XVI (1914), p. 39.

(3) Par ex. Cuq, *Inst. jur.*, p. 550, n. 1.

actions de la loi et s'intentait *per judicis postulationem* (1). Le *terminus ad quem* extrême est donc donné par la loi *Æbutia*. Quelle que soit la portée exacte de cette loi (2), on doit reconnaître, à raison des termes dans lesquels Gaius y fait allusion (3), qu'elle correspond à un mouvement de défaveur envers les *Legis actiones*. Il serait donc difficile d'admettre la création d'une nouvelle *Legis actio* après la loi *Æbutia*, qui témoigne de leur décadence (4).

La seule précision complémentaire résulterait du nom de la loi qui introduisit l'action *communi dividundo* : la *lex Licinnia* (5). Malheureusement cette loi nous est inconnue par ailleurs. Les sources littéraires sur cette période ancienne sont trop pauvres pour nous être de quelque secours. L'objet même de la loi n'est pas de ceux que l'on puisse expliquer par un brusque changement politique ou social. L'apparition de nouvelles formes d'indivision se rattache à une évolution séculaire de la vie sociale, non à tel fait particulier.

(1) *P. S. I.*, *n° 1182*, l. 178, 198-201 : *Per judicis postulationem agebatur... idem fecit Lex Licinnia si de aliqua re communi dividenda ageretur.*

(2) Soit que l'on y voit avec Cuq, *Inst. jur.*, p. 851, la suppression totale de certaines *legis actiones*, spécialement de la *condictio*, soit que l'on y voit avec l'opinion dominante la concession du droit d'agir par *legis actio* ou par formule (Girard, *Manuel*, p. 1057 ; Wlassak, *Processgesetze*, p. 62-72 et 86-139 ; Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, p. 20, 46).

(3) IV, 30.

(4) La première mention de l'action *C. D.* se trouve dans une lettre de Cicéron de 53 avant J.-C. (*ad fam.*, 7, 12, 2).

(5) La mention de la *lex Licinnia* n'était jusqu'ici connue que par un seul texte du *Dig.* (Marcien, 14 *inst.*, D. 4, 7, *de alien. jud. mut. causa*, *12*) et M. Beseler l'avait condamnée (*Beiträge*, t. II, p. 155). M. E. Levy (*Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 294-295) croit trouver dans ce texte un élément de datation favorable à l'ancienneté de la loi *Licinnia*. D'après Marcien, la loi *Licinnia* interviendrait *si quis... rem alienaverit*, tandis que l'édit concernerait le cas où un indivisaire *partem alienaverit*. M. Levy suppose que l'opposition de *rem* et de *partem* est voulue, et que le premier cas se réfère à l'époque ancienne où le *consors* pouvait valablement aliéner le tout. Par suite, la loi serait contemporaine de ce système primitif. Mais le savant romaniste reconnaît qu'il n'y a là qu'un faible indice, assez conjectural.

Les conditions économiques qui rendent souhaitable leur sanction par une action (1) existent dès le milieu du IIIe siècle. L'action, elle-même, doit être antérieure à la seconde moitié du IIe siècle, où commence la décadence des *Legis actiones*. On ne saurait préciser davantage (2).

Mais un fait plus important que cette multiplication des formes d'indivision se produisait à la même époque. D'autres groupes apparaissaient, caractérisés par leurs préoccupations

(1) MM. Arangio-Ruiz (*P. S. I.*, *n° 1182*, p. 42, n. 3) et Monier (*Nouv. frag.*, p. 32) attribuent également aux changements économiques l'apparition de cette action.

(2) Le nom de *Licinnius*, auteur de la loi, ne permet pas d'atteindre une plus grande précision. Outre le peu de valeur que présente ce mode de datation d'une façon générale (Cf. Girard, *Manuel*, p. 39, n. 3 et les renvois), il est ici particulièrement inopérant, car, en se limitant aux consuls, les Fastes en citent six ayant porté ce nom entre 236 et 131 (C. Licinius, 236; P. Licinius Crassus Dives, 205 ; P. Licinius Crassus, 171; C. Licinius Crassus, 168; [L. Licinius] Lucullus, 151 ; P. Licinius Crassus Mucianus, 131). L'autorité même des Fastes est très contestée par certains historiens (Païs, *Histoire romaine, Des origines à l'achèvement de la conquête*, p. 3-4).

Il est probable que l'action *communi dividundo* fut à peu près contemporaine de l'action *pro socio*. Paul déclare en effet qu'elle fut nécessaire parce que l'action *pro socio* ne permettait pas le partage (23 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 1 : *Communi dividundo judicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem*. La mauvaise rédaction du texte, signalée depuis longtemps (*infra*, p. 76, n. 1), le fait tenir pour interpolé par M. Arangio-Ruiz (*Riv. it. sc. giur.*, t. LII (1913), p. 234-235). Mais la solution de fond semble être classique. Elle est confirmée par Ulpien, D. 17, 2, 43 (*infra*, p. 76, n. 3). Elle est motivée par des règles de la procédure classique (l'absence d'*adjudicatio* dans la formule de l'action *pro socio*) qui n'ont plus d'usage au Bas-Empire, et auxquelles ne font plus allusion les Basiliques, ni les scolies sur le texte (12, 2, 1 : Heimbach, I, p. 791). Mais Paul semble croire à l'antériorité de l'action *pro socio* (Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 456; Brugi, *Riv. it. sc. giur.*, t. IV (1887), p. 376; Audibert, *N. R. H. D.*, 1904, p. 293; 1914, p. 642; Berger, *Teilungsklagen*, p. 6; Kübler, *Kritische Vierteljahrsschrift*, t. XVI (1914), p. 459; Cuq, *Inst. jurid.*, p. 499, n. 6; Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 194), ce qui est difficile à admettre, s'il s'agit de l'action de bonne foi. Ne fait-il pas là une erreur historique, rendue excusable par la distance de plus de trois siècles qui le sépare de cette époque, par l'écart assez faible qui devait séparer la date d'apparition respective des deux actions, et enfin par l'idée exacte que l'action *C. D.* apportait un complément utile à la sanction propre de la société?

strictement économiques et le but commercial poursuivi par la plupart d'entre eux.

En 215, trois sociétés prennent à bail la fourniture des approvisionnements de la guerre contre Asdrubal ; quatre ans plus tard, une autre assurait l'habillement des troupes (1). Des ouvriers se réunissent pour louer leurs services à des propriétaires, et, là encore, ce sont des groupements de caractère économique qui se forment (2). Au cours du IIe siècle les sociétés prennent un grand développement (3).

Cette révolution économique et sociale posait un grave problème aux jurisconsultes. Allaient-ils laisser se confondre en droit deux institutions dont la fonction pratique était si différente : l'indivision, qui restait souvent un groupement familial, et la société lucrative? Semblable solution aurait pu tenter par sa simplicité. Mais elle présentait le grave défaut de laisser le groupement économique à peu près dépourvu d'organisation. C'eût été inconciliable avec les fins qu'il se proposait. Il fallait par ailleurs régler les conditions de formation de ce groupement, chose inutile pour l'indivision, qui résulte nécessairement de certaines situations de fait. La jurisprudence ne pouvait ignorer cet acte.

C'est cette évolution sociale que les jurisconsultes consacrèrent, en organisant, à côté du régime de l'indivision, celui de la société (4).

(1) Tite-Live, 23, 48-49; 27, 10.

(2) Caton, *De R. r.*, 144. On ne peut se prononcer dans ce cas pour (Girard, *Manuel*, p. 612, n. 4) ou contre (Pernice, *Z. S. St.*, t. III (1882), p. 49-51) l'existence d'une société. Nos renseignements sont pour cela insuffisants, et l'on ne saurait parler de société, au sens strict, pour de pareils groupements, alors que la procédure et la jurisprudence n'ont pas encore distingué nettement cette forme juridique spéciale.

(3) Del Chiaro, *op cit.*, p. 48-53 ; Bloch et Carcopino, *op. cit.*, p. 75-81 ; Homo, les *Inst. polit. romaines*, p. 104-105; Lot, *La fin du monde antique*, p. 92.

(4) C'est mal poser la question que de se demander quelle est l'origine de la société et de discuter le point de savoir si « elle vient du *consortium* » en tout ou partie. La société est née de besoins sociaux nouveaux. Elle est un groupement à côté d'autres groupements, dont chacun répond à un

La communauté primitive des deux institutions devait laisser un signe pendant tout le cours du droit romain : *socius* et *societas* conservèrent un sens large, qui désigne à la fois la société et l'indivision (1). Le terme de *socius* est même le seul employé pour désigner l'indivisaire, et c'est sans doute à cette carence de la langue latine que nous devons celle du vocabulaire français sur ce point (2).

Mais les termes de *socius* et de *societas* prirent un sens technique plus précis, où ils s'opposèrent à « indivision ». A quelle date se fit cette transformation et quel fut le critère juridique entre l'indivision et la société, telles sont les deux questions, dont l'examen nous permettra de fixer avec exactitude la notion même de l'indivision à l'époque classique.

besoin propre. Les questions de filiation n'ont pas grand sens en histoire; tout ce que l'on peut dire, c'est que lorsque les juristes organisent une institution nouvelle, qui s'est révélée nécessaire, ils s'inspirent des règles existantes et valables pour des institutions analogues. C'est dans cette mesure que le *consortium* a pu contribuer à déterminer le régime de la société (Voir sur cette question, dont nous ne voulons pas reprendre ici l'examen d'ensemble, Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 14, n. 1, et les auteurs cités; Poggi, *Contratto di società*, p. 86-93 ; E. Levy, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 291-293).

(1) Selon MM. Ernout et Meillet, *Dict. étym.*, v° *Socius*, *societas* signifie d'abord compagnie et *socius*, compagnon. Le sens juridique technique est un rétrécissement du sens courant du terme. Il n'y a rien d'étonnant à ce qu'à côté de son sens étroit, le terme ait conservé son sens courant, plus large.

(2) Le fait est bien connu (Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 22-24; Ein, *Le azioni dei condomini*, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 78-84). Nous rencontrerons tout au long de cette étude des textes juridiques désignant l'indivisaire sous le nom de *socius*. Il est inutile ici d'en donner la liste. V. par ex., pour cet emploi du terme chez Cicéron, Costa, *Cicerone giureconsulto* (2e éd.), t. I, p. 186. Nous emploierons, au cours de cette étude, le terme d'indivisaire, dont nous reconnaissons volontiers la forme peu satisfaisante. Il est seul à désigner le titulaire d'un droit indivis, sans prêter à confusion (comme *socius* ou communiste) ou sans concerner un genre particulier d'indivision (comme copropriétaire ou cohéritier). L'ancien mot français coparçonnier (par ex. Guy Coquille, sur l'art. 27, chap. VI de la Cout. de Nivernais) est désuet et concerne lui aussi un certain type d'indivision.

Les termes de *communio*, *communis* ne concernent pas toujours non plus l'indivision (Cf. par ex. Sénèque, *de ben.*, 7, 12).

Frappé par l'identité des termes juridiques employés jusqu'à la fin du droit romain pour désigner l'indivision et la société, M. Ein s'est efforcé, dans un important travail (1), de montrer que cette confusion verbale reflétait une confusion juridique. Ce ne serait qu'au Bas-Empire que l'indivision et la société auraient été juridiquement distinguées. Mais l'indice verbal n'a fait qu'alerter l'attention de l'auteur, et c'est sur d'autres arguments qu'il a fondé son opinion : les jurisconsultes classiques auraient ignoré deux catégories juridiques distinctes, l'une comprenant la société et l'autre l'indivision (*op. cit.*, p. 96-102), et les solutions particulières qu'ils nous donnent sur ces deux institutions prouveraient l'absence de toute distinction à l'intérieur de la catégorie générale dénommée *societas* (p. 84-96, 103-138).

Cette thèse hardie peut séduire par sa nouveauté (2) et par le paradoxe qu'il y aurait à reculer jusqu'au VI^e^ siècle la reconnaissance juridique d'une dualité d'institutions, qui existait, en fait, dès le II^e^ siècle avant notre ère.

C'est juger sévèrement l'esprit juridique, que de supposer qu'il lui fallut huit siècles pour constater une innovation dans la vie sociale, et c'est condamner la valeur des jurisconsultes classiques que de croire à leur méconnaissance des différences profondes entre l'indivision et la societé.

(1) *Le azioni dei condomini*, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 76-138.

(2) Une opinion analogue a été développée par M. Frezza (*Actio C. D.*, *Riv. it. sc. giur.*, t. VII (1932), p. 108-141) indépendamment de la précédente. L'auteur admet cependant que les jurisconsultes classiques ont distingué les deux notions, mais l'indivision, comme la société, serait une situation *contractuelle*, l'une se formant *re* et l'autre *consensu*. S'il est exact que l'indivision se forme *re*, nous doutons que les classiques y aient vu un contrat réel. (Elle ne figure pas dans les énumérations des contrats réels). Si cette situation de fait avait été intégrée dans la catégorie des contrats, les Byzantins n'auraient pas jugé utile de la transposer dans celle des quasi-contrats, créée précisément pour fournir un cadre juridique à des situations qui jusque-là en étaient dépourvues. Nous retrouverons, au cours de ce chapitre, les textes sur lesquels l'auteur croit pouvoir étayer sa doctrine, ainsi que la corrélation qu'il établit entre l'action *pro socio* et les actions en partage.

Le problème ainsi posé est avant tout un problème d'histoire de technique juridique. La reconnaissance d'une catégorie juridique nouvelle est-elle l'œuvre des jurisconsultes classiques ou des théoriciens byzantins? C'est donc un examen d'ordre historique qui s'impose ici. A propos des divers jurisconsultes qui se sont occupés de la *societas*, nous rechercherons, dans la mesure où les sources le permettent (1), s'ils ont distingué, dans le plan de leurs ouvrages ou dans leurs solutions de détail, la société et l'indivision.

L'état fragmentaire de nos documents ne permet pas de faire porter l'examen sur tous les ouvrages classiques. Néanmoins le nombre de ceux que l'on a pu reconstituer est suffisant pour appuyer une démonstration d'ensemble. Nous les répartirons en trois périodes, dont chacune est un des moments essentiels de l'histoire de la jurisprudence romaine : les œuvres des premiers jurisconsultes, pour qui nous avons des témoignages certains et abondants, à la fin de la République et au début de l'Empire, — celles contemporaines ou de peu postérieures à la codification de l'édit, événement essentiel dans la littérature juridique, qui fournit des cadres désormais immuables aux ouvrages de droit prétorien, — celles qui marquent l'apogée de la jurisprudence classique, à l'époque des Sévères.

I. — Ce sont les *Libri juris civilis* de Q. Mucius Scaevola (*Cos.* en 95, mort en 82) qui inaugurent la série des grands traités juridiques dont nous ayons une connaissance un peu précise. Initié aux méthodes de la philosophie stoïcienne, Q. Mucius fut un des premiers à comparer les institutions, à les classer,

(1) Semblable étude est possible grâce à la reconstitution des ouvrages classiques faite par M. Lenel dans sa *Palingénésie*. Mais il est indispensable de rappeler que nous n'avons là qu'un groupement de fragments épars au Digeste. Nous ne savons même pas quelles sont les lacunes de ces textes. En présence du silence d'un ouvrage sur une question, on ne peut affirmer ni qu'il ne la traitait pas, ni qu'il la traitait dans un passage aujourd'hui perdu. L'ignorance des lacunes complique singulièrement notre tâche.

à fixer la terminologie et grâce à cela à distinguer les genres (1). Son traité fut le premier commentaire systématique de droit civil, qui inspirera les jurisconsultes postérieurs (2).

Les fragments du Livre XIV, consacré à la société, prouvent que sous ce nom il entendait la société consensuelle (3). On ne trouve pas cependant, dans les ouvrages de droit civil, d'exposé d'ensemble des quatre contrats consensuels. Si la vente y est parfois longuement traitée (4), le louage et le mandat (5) sont passés sous silence. On peut donc supposer que l'examen de deux contrats consensuels dans les Livres de droit civil fut introduit par des institutions du *jus civile*. S'il est fort probable que ce fut la *mancipatio* qui entraîna à sa suite l'exposé de l'*emptio venditio*, il est non moins vraisemblable que le *consortium*, *aliud genus societatis* (6), entraîna celui de la société. Q. Mucius aurait donc traité dans son ouvrage à la fois de la société et de l'indivision familiale (7). Cette hypothèse est confirmée par le commen-

(1) Pomponius, D. 1, 2, 2, 41. — Cf. Gaius, I, 188.

(2) Sur Q. Mucius et l'innovation que constituent ses *Libri juris civilis* : Lepointe, *Q. Mucius Scaevola. Sa vie et son œuvre juridique*, Th. Paris, 1926, p. 43-45.

(3) Lenel, *Paling.*, nos 7 (D. 17, 2, 11), 8 (D. 17, 2, 30) : *...non posse societatem coiri. Coire* exprime l'idée d'union volontaire (Heumann-Seckel : *ad h. v°*). Le terme n'est pas employé à propos de l'indivision ; pour celle-ci on rencontre l'expression byzantine (Berger, *Teilungsklagen*, p. 132-133 ; Beseler, *Beiträge*, t. II, p. 39 ; Guarneri Citati, *Indice*, v° *Incidere*) d'*incidere in communionem* (D. 10, 2, 25, 16 ; 17, 2, 31), qui marque le caractère involontaire de l'indivision.

(4) Pomponius, *ad Quintum Mucium*, L. XXXI, *ad Sabinum*, L. VIII-XI (où Pomponius commence par traiter de la *mancipatio*) ; Paul, *ad Sabinum*, L. V et VI (même remarque) ; Ulpien, *ad Sabinum*, L. XXVIII-XXX (même remarque).

(5) Il n'est pas certain que le texte que M. Lenel range sous la rubrique [*De mandato*] dans les *Libri juris civilis* de Q. Mucius (n° 44 = D. 17, 1, 48) soit extrait de cette œuvre ; aucun autre commentaire de droit civil ne consacre une rubrique au mandat.

(6) Gaius, *P. S. I.*, *n° 1182*, l. 14-15.

(7) En ce sens, Bremer (*Jurisprudentia antehadriana*, t. I, p. 64), et Lepointe (*Quintus Mucius Scaevola*, p. 55, 62, 130) qui déclare que le Livre XIV traitait « de la société (*de consortio et societate*) ». Ce n'est que

taire que fit Pomponius des *Libri juris civilis,* où la société est exposée dans les Livres XXXV et XXXVI qui correspondent au Livre XIV de Scaevola. Un seul fragment nous est parvenu de chacun de ces livres. Mais il est frappant de constater que le premier concerne l'indivision entre frères et le second la société consensuelle (1).

Le rapprochement que faisait Q. Mucius entre ces deux institutions est essentiel à noter. Tous les ouvrages postérieurs consacrés au droit civil respecteront cette méthode et feront voisiner société et indivision.

Mais ce groupement ne prouve pas que le jurisconsulte ignorât la distinction de l'indivision et de la société. Si la rareté des fragments, qui nous sont parvenus de son œuvre, ne permettent pas de l'établir de façon irréfutable, il faut remarquer, cependant, que lorsque Pomponius le commentera il fera si nettement la distinction qu'il traitera de l'indivision dans un livre et de la société dans l'autre.

On pourrait, il est vrai, prétendre que cette distinction ne fut pas suggérée à Pomponius par les écrits de Q. Mucius, et que c'est à des juristes postérieurs que revient l'honneur de l'avoir établie.

Cette objection peut être facilement réfutée. Le premier plaidoyer de Cicéron qui nous soit parvenu, le *Pro P. Quinctio*, prononcé sous le consulat de M. Tullius Decula et de Cn. Cornelius Dolabella, en 81 av. J.-C., établit de la façon la plus nette la distinction de l'indivision et de la société. Il concerne la liquidation d'une société conclue entre C. Quinc-

par une conjecture, sur laquelle il serait imprudent de fonder une hypothèse, que Bremer suppose que les Livres IV à VI auraient été consacrés aux actions *F. E.* et *C. D.* (*op. cit.*, p. 81-84).

(1) Lenel, *Paling.* : *ad Quintum Mucium*, n° 315 (D. 29, 2, 78) : *Duo fratres fuerant, bona communia habuerant* ; n° 316 (D. 44, 7, 57) : *...societas, quae in consensu consistit.* M. Lepointe (*op. cit.*, p. 128), suivant en cela Di Marzo (*Saggi critici sui Libri di Pomponi ad Q. Mucium*, 1899), intitule ces Livres : *De communione et societate*, et Bremer avait déjà fait observer qu'au Livre XXXV Pomponius traitait sans doute de l'indivision entre frères (*Jurisprudentia antehadriana*, t. I, p. 61, n. 1).

tius et Sex. Naevius pour l'exploitation de propriétés en Narbonnaise. La société a été dissoute par la mort de C. Quinctius et la liquidation doit s'opérer entre son héritier P. Quinctius et le *socius* survivant, Naevius. Plusieurs expressions prouvent que Cicéron fait parfaitement la différence entre la société existant entre C. Quinctius et Sex. Naevius et l'indivision qui s'est formée entre P. Quinctius et Naevius.

C. Quinctius avait conclu une société avec Naevius (1). Le caractère volontaire du groupement est nettement indiqué : il y avait eu contrat (2). Les parties avaient fait des apports réciproques (3). Enfin, l'opération devait avoir un but lucratif (4). A l'inverse, entre Q. Quinctius et Naevius, il n'y a plus de société (5), mais une indivision, et le but poursuivi est la liquidation de la société (6). C'est au décès de C. Quinctius que Naevius veut faire valoir sa prétendue créance contre son héritier, car la société a été dissoute par le décès et il faut régler les opérations sociales.

Dans deux formules brillantes Cicéron oppose société et indivision. Sans doute préférerions-nous des termes plus techniques. Mais l'on ne saurait attendre de textes littéraires des renseignements juridiques précis. Ils ne peuvent que laisser

(1) *Pro P. Quinctio*, 3, 11 : *C. Quinctius... societatem cum Sex. Naevio fecerit.*

(2) *Eod.*, 11, 38 : *cum res ab eo, quicum contraxisset, recessisset et ad heredem pervenisset.*

(3) *Eod.*, 3, 12 : *...postea quam nescio quid impendit et in commune contulit.*

(4) *Eod.*, 3, 13 : *...quae voce quaesiverat, magno sibi quaestui fore putabat.*

(5) Le terme de *societas*, employé *eod.*, 6, 23, ne suffit pas à prouver qu'il s'agissait d'une société. Le mot, en effet, signifie aussi bien indivision que société. Au contraire, lorsque Cicéron décrit l'arrivée de Publius en Gaule il ne dit pas qu'il fut associé, mais simplement : *cum isto Naevio familiariter vivit* (*eod.*, 4, 15).

(6) *Eod.*, 4, 15 : *...De societate multa inter se communicarent et de tota illa ratione atque re Gallicana* ; 5, 19 : *...prius de rebus rationibusque societatis omnibus decidisset...* Cf. aussi 11, 37-39, où il est question des règlements résultant du décès de C. Quinctius et de la dissolution de la société.

deviner la doctrine juridique contemporaine à laquelle ils se réfèrent. Et lorsque Cicéron parle de celui auquel *aut voluntas congregasset aut fortuna conjunxisset* (1), ou qu'il oppose la *voluntaria societas* à l'*hereditaria societas* (2), il traduit en termes de rhéteur l'opposition faite par les juristes entre la société et l'indivision. De même, dans le *Pro Roscio Comoedio* (plaidé entre 83 et 66 et peut-être en 76) (3), il comparera la société et l'indivision successorale (*hereditas*), ce qui implique nécessairement qu'il les distinguait (4).

Aussi semble-t-il permis d'affirmer que Scaevola lui-même, contemporain ou de peu antérieur à ces plaidoyers, et dont Cicéron avait subi l'influence (5), reconnaissait une différence entre la société et l'indivision.

On ne saurait tirer un argument aussi certain du plan suivi par Alfenus (*Cos. suff.* 39) dans ses *Digesta*. L'abrégé, transmis par Paul, suit un ordre qui ne permet pas de fixer s'il s'agit d'un livre de droit civil ou d'un commentaire de l'édit (6). Mais le seul fragment important qui nous soit parvenu du Livre III consacré à la *societas* traite de la société, au sens strict du terme (7).

(1) *Eod.*, 16, 52.

(2) *Eod.*, 24, 76 : ...*Cum eo tu voluntariam societatem coibas, qui te in hereditaria societate frauderat.* La *societas voluntaria* fait allusion à une société que Naevius prétendait avoir formée avec Quinctius pour acheter des propriétés, et non, comme le suppose M. Del Chiaro (*Contrat de société*, p. 62), à une société créée pour faciliter la liquidation de l'ancienne, ce qui n'eut fait que reculer les difficultés. L'*hereditaria societas* ne peut être la société entre P. Quinctius et Naevius, échue par succession à C. Quinctius, car la société ne continue pas avec l'héritier de l'associé (*infra*, p. 97). C'est une expression juridiquement inexacte, employée pour faire antithèse, et désignant l'indivision.

(3) En ce sens, de la Ville de Mirmont, Cicéron, *Discours*, t. I (*Coll. des Univ. de France*, 1921), p. 130.

(4) 18, 55, *infra*, p. 72, n. 2.

(5) Il se réfère fréquemment à son opinion : par ex. *Top.*, 6, 29; 8, 37; *ad fam.*, 7, 22.

(6) Lenel, *Paling.*, t. I, col. 37, n. 1.

(7) *Eod.*, n° 51 (D. 17, 2, 71). L'autre fragment (n° 50, D. 10, 3, 27), bien

De même, les *Epistulae* de Proculus, simple réunion de *responsa* et de *quaestiones*, ne peuvent par leur plan fournir aucun argument dans la question qui nous occupe. Cependant, lorsqu'elles traitent de la *societas*, c'est la société conventionnelle, sanctionnée par l'action *pro socio*, qui est envisagée (1). Ces premiers jurisconsultes font donc la distinction de la société et de l'indivision, encore que l'étude des deux institutions dans une même partie de leurs ouvrages la rende moins apparente.

II. — A partir du second siècle de notre ère, le doute n'est plus possible. La distinction est faite par tous avec une absolue netteté. Il n'est pas sans importance de noter que cette précision nouvelle, sinon dans les esprits, du moins dans sa manifestation extérieure, correspond à la fixation de l'édit par le travail de Julien (2). Si les commentaires de droit civil avaient réuni (non confondu) dans un exposé systématique l'indivision et la société, l'édit, consacrant des titres distincts à l'action *pro socio* et aux actions en partage, obligeait ses commentateurs à séparer l'étude de la société de celle de l'indivision. Ainsi la dualité des moyens de procédure, imposée par l'existence de deux institutions différentes dans leur source comme dans leur fonction, rend la distinction plus évidente, dans le plan même des ouvrages de doctrine. Celle-ci ne devait pas seulement éclater dans les *Libri ad Edictum*, mais encore dans les *Digesta*, dont la première partie commentait l'édit. Seuls les traités de droit civil, conservant la méthode de Q. Mucius, et sans

que placé au *Dig.* au titre *communi dividundo*, peut s'appliquer aux deux formes de *societas*.

(1) Lenel, *Paling.*, n° 12 (D. 17, 2, l. 76, 78, 80) : *Societatem mecum coisti...*; *judicium pro socio*. Cette mention de l'action *pro socio* paraît suspecte à Bremer, *Jurisp. antehadriana*, t. II², p. 120.

(2) Sans doute entre 134-138. Contre la date 125-138 proposée par Girard, *N. R. H. D.*, 1910, p. 1-40 (*Mélanges*, t. I, p. 214-248) : Appleton, *N. R. H. D.*, 1910, p. 740-742, 790-791, suivi par Cuq, *Inst. jur.*, p. 21, n. 5, auquel Girard lui-même semble s'être rallié (*Manuel*, p. 57, n. 3, et surtout *Textes*, p. 137).

doute de Sabinus (1), juxtaposent l'examen des deux institutions (2).

1. — C'est ainsi que Celse traite dans ses *Digesta* (3), au Livre V de l'action *familiae erciscundae* (4) et au Livre VII (5) de l'action *pro socio*.

De même, si Pomponius traitait successivement de l'indivision héréditaire et de la société dans deux Livres *ad Q. Mucium* (6) et dans les Livres XII et XIII *ad Sabinum* (7), son

(1) On ne connaît pas directement l'ordre des *Juris civilis Libri III* de Sabinus. Il est cependant hors de doute qu'il y traitait de la société et des actions en partage, et cela peut-être au L. II (Lenel, *Paling.*, nos 61-63 : D. 10, 2, 12, *pr.*; 10, 3, 6, 4-5; 10, 3, 28, et nos 76-80 : D. 17, 2, l. 7; 29, § 1; 38, *pr.*; 52, § 18; 59, *pr.*; 63, *pr.*, et § 9). En effet, les commentaires *ad Sabinum* traitent des deux institutions. Cf. Krüger, *Hist. des sources*, p. 200-201, et en dernier lieu : Frezza, *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VIII (1933), p. 442-443.

(2) M. Ein s'efforce d'écarter la grave objection que constitue contre sa théorie cette composition des commentaires *ad Edictum* (*B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 96-100). Mais il n'invoque que des analogies entre les deux institutions et le fait que telle solution donnée pour l'une vaut pour l'autre. On ne saurait confondre de simples ressemblances avec une assimilation totale. La distinction éclate trop nettement et dans trop d'ouvrages pour que quelques points communs suffisent à l'obscurcir.

(3) D'après Girard (*N. R. H. D.*, 1910, p. 38, n. 1) et M. Appleton (*eod.*, p. 742) ils sont postérieurs à la codification de l'édit et antérieurs aux *Libri ad Sabinum* de Pomponius.

(4) Lenel, *Paling.*, nos 33, 34 (D. 1, 3, 4; 10, 2, 18, 4).

(5) *Eod.*, nos 69, 70 (D. 17, 2, l. 52, § 2 et l. 48, *pr.*, et § 1).

(6) *Supra*, p. 45.

(7) M. Ein voit là une confirmation de sa thèse (*op. cit.*, p. 97). Mais Pomponius ne confond pas les deux institutions. S'il ne consacre pas un livre spécial à chacune, comme dans ses *Libri ad Q. Mucium*, il est facile d'isoler, à la suite de M. Lenel, à la fin du Livre XIII le commentaire de l'indivision. Il ne faut pas d'ailleurs croire que chaque *Liber* ne traitait que d'une question unique. Parfois la matière pouvait déborder sur le livre suivant, d'autres fois deux sujets étaient exposés dans un même livre. Le fait que deux institutions dont les rapports sont aussi étroits que la société et l'indivision figurent au même livre ne suffit pas à prouver une confusion chez le jurisconsulte. Il y a là des nécessités techniques, résultant de l'emploi des rouleaux de papyrus, sur lesquels Girard avait déjà attiré l'attention : *N. R. H. D.*, 1904, p. 141-144. Deux passages du Livre XIII *ad Sabinum* sont invoqués par le même auteur (*B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931),

commentaire de l'édit, dont nous n'avons malheureusement que des extraits par des citations d'autres jurisconsultes, consacre une étude spéciale à l'action *familiae erciscundae* (1).

Julien, dans la partie de ses *Digesta* qui commente l'édit, traite des actions en partage au Livre VIII, alors que l'action *pro socio* est traitée au Livre XIV (2).

La même distinction est faite par Marcellus dans ses *Digesta* (3) et par Gaius dans son commentaire *ad edictum provinciale*, peut-être un peu antérieure à ceux-ci (4).

2. — On avait cru trouver dans les Institutes de Gaius (III. 154) une allusion à deux modes de constitution de la *societas*, dont l'un aurait correspondu à la société consen-

p. 90-92) : D. 17, 2, *pro socio*, 39 et *h. t.*, 62. Dans les deux cas, il s'agirait d'une indivision où l'on peut intenter l'action *pro socio*, preuve manifeste de la confusion des deux notions. En réalité, les deux textes traitent de la société consensuelle (en ce sens, Lenel, *Paling.*, nos 582, 586). La preuve ne peut en être faite sûrement pour le premier à raison de sa brièveté. Mais pour le second, elle résulte des termes du début : « ...*Titius cum quo mihi societas erat* ». Rien ne permet d'entendre par là une indivision. Lorsque l'héritier de Titius intente l'action *pro socio*, il fait valoir l'action qui appartenait au défunt à raison de la société et non pas, comme semble le croire M. Ein, une action qui lui serait propre à raison d'une indivision entre lui et le *socius* survivant. Nous verrons, en effet, que l'héritier du *socius* peut intenter l'action *pro socio* du chef du défunt sans entrer dans la société (*infra*, p. 101).

(1) Lenel, *Paling.*, nos 93-99. Aucun des passages relatifs à l'action *communi dividundo* ou à l'action *pro socio* ne nous sont parvenus.

(2) Selon M. Appleton (*N. R. H. D.*, 1910, p. 730-793) les *Digesta* seraient de la fin du règne d'Antonin (vers 148 et avant 161). Ils sont en tout cas postérieurs aux *Libri ad Sabinum* de Pomponius, qu'ils citent (Appleton, *eod.*, p. 732, n. 2).

(3) Action *F. E.*, L. V ; *De societate*, L. VI. Les *Digesta* sont du règne de Marc-Aurèle et de Verus (161-169) (Krüger, *Histoire des sources*, p. 256; *Geschichte der Quellen*, p. 213 ; Fitting, *Alter und Folge*, p. 60).

(4) Actions en partage, L. VII ; action *pro socio*, L. X. Leur date exacte ne peut être fixée, car on ne sait si l'*edicti interpretatio* dont il est question aux Inst., I, 188, est le commentaire sur l'édit provincial ou celui sur l'édit du préteur urbain, ni si l'*imperator Antoninus* cité dans le premier est Antonin ou Marc-Aurèle (Krüger, *Histoire des sources*, p. 248; *Geschichte der Quellen* p. 205 ; Fitting, *Alter und Folge*, p. 54, propose comme vraisemblable l'époque d'Antonin).

suelle et l'autre à l'indivision. Les hypothèses faites à cet égard n'ont plus d'intérêt, depuis que l'on a retrouvé la fin du § 154. L'opposition qu'y signale Gaius est celle entre la société consensuelle et le *consortium*, qu'il qualifie d' « *aliud genus societatis* ». Par le terme de *genus*, Gaius semble bien marquer que pour lui le *consortium* n'est pas une simple variété (*species*) de *societas*. Sans doute, *genus* n'a-t-il pas toujours, chez Gaius, le sens très précis de genre, par opposition à l'espèce (1). Il l'a cependant fréquemment (2), et d'une façon constante dans la partie consacrée aux obligations (3).

(1) C'est le cas dans les textes suivants : I, 112 (*Genus sacrificii*); I, 194, 195; II, 122 (*tutores alterius generis*); III, 193 (*licium... consuti genus esse*); IV, 34 (*genus fictionis*); IV, 54, 102, 114, 133, où *genus actionis* désigne chaque espèce d'action, alors qu'un autre passage (IV, 1, *infra*, n. 2) déclare qu'il n'y a que deux *genera actionum*.

(2) II, 101, 102, 103 (*tria testamentorum genera : calatis comitis, in procinctu, per aes et libram*); II, 181 (*genus substitutionis*); II, 192, 197, 202, 210, 215 (*Legatorum genera sunt quatuor : per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem*); III, 82 (*genus successionis*); IV, 66 (l'argent, le froment ou le vin sont des *genera*); IV, 161 (*genera interdictorum : prohibitoria, restitutoria, exhibitoria; adipiscendae, retinendae, reciperandae possessionis; simplicia, duplicia*); *P. S. I.*, n° *1182*, l. 193 (*genus actionis : per judicis postulationem*).

L'opposition est particulièrement nette dans le texte relatif à la classification des *furta* (III, 183) : *...nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum.* De même pour la différence entre les *species* et les *genera tutelarum* (I, 188) : *Si vero quaeramus in quot genera hae species diducantur, longa erit disputatio... alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent* (ces hésitations expliquent peut-être l'emploi de *tutores alterius generis* dans les textes cités n. 1); ou encore pour les genres d'actions (IV, 1) : *...nam qui IIII esse dixerunt ex sponsionum generibus non animadverterunt quasdam species actionum inter genera se retulisse.* Cf. également l'opposition de *genus* et de *species* à propos de la *plus petitio causa* (IV, 53 d). La contre-épreuve est fournie par l'emploi du terme *species* qui, outre les trois textes cités ci-dessus, désigne toujours l'espèce ou la variété (sauf dans deux textes : III, 88, où *species* désigne les deux grandes catégories d'obligations (*summa divisio*) : les contrats et les délits; III, 173, où *species* est synonyme de *genus*); I, 99 (*species adoptionis, adrogatio*); II, 52; 56 (*species possessionis et usucapionis : pro herede, lucrativa*); II, 59 (*species usucapionis : usureceptio*); IV, 35 (*species actionis : Rutiliana, Serviana*).

(3) III, 89, 132, 134, 163, 182 (les quatre catégories d'obligations contractuelles forment chacune un *genus*); III, 170, 173 (l'*acceptilatio* et la

Il est donc vraisemblable que l'expression *aliud genus societatis* désigne un genre distinct de celui de la société consensuelle et traduit l'opposition qui existe, dans la pensée de Gaius, entre la société et l'indivision. Ce n'est pas, comme on l'avait cru (1), une simple variété de société, se formant *re*, que Gaius envisage ici. C'est une institution absolument différente, ayant des règles propres, inaccessibles aux pérégrins, et qui n'est autre que la plus ancienne forme d'indivision connue.

Deux fragments des *Libri ad Edictum provinciale* auraient suffit à prouver la différence faite par Gaius entre société et indivision. En opposant les cas où une chose est commune *cum societate an sine societate* (2), il marque, de la façon la plus nette, la distinction entre les deux situations (3).

solutio per aes et libram forment chacune un *genus* qui correspond à celui des contrats *verbis* et à celui des contrats *re*). Inversement, le paiement de l'indu n'est qu'une *species* (III, 91) et, dans la conception sabinienne, l'échange une *species venditionis* (III, 141).

(1) M. Ein avait invoqué ce texte (*op. cit.*, p. 92-94) pour établir que la *societas*, qui ne se formait pas *consensu*, était celle qui se formait *re*. Comme l'écrit M. Arangio-Ruiz : « Nostri frammenti... confermano, in particolare, che Gaio non ha mai pensato ad una « *Societas re contracta* » identificabile col condominio » (*P. S. I.*, *n° 1182*, p. 32; v. l'article du même auteur à paraître dans les *Studi Riccobono*, *Societas re contracta e communio incidens*).

La même remarque doit être faite à propos du texte de Pomponius (36 *ad Q. Mucium*) : D. 44, 7, *de obl. et act.*, 57, invoqué également par M. Ein (*eod.*, p. 94-95) et parlant de « *ea societas, quae in consensu consistit* ». Pomponius entendait opposer à la société consensuelle, l'indivision, qui s'appelle, elle aussi, *societas*. C'est donc qu'il ne les confondait pas malgré leur similitude de nom. Et comme l'avait déjà bien vu Cujas, dont M. Ein reconnaît l'opinion divergente, cette *societas*, qui n'est pas consensuelle, ne donne pas lieu à l'action *pro socio*.

(2) Gaius (7 *ad ed. prov.*) : D. 10, 3, *C. D.*, 2, *pr.* : *Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit : nam utroque casu locus est communi dividundo judicio. cum societate res communis est veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt : sine societate communis est veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est.*

(3) Pour écarter ce témoignage, M. Ein est obligé (*op. cit.*, p. 116) d'interpréter *societas* comme désignant l'acte constitutif de la société. Le texte signifierait alors que le legs produit une *societas*, sans qu'il y ait eu besoin

La même opposition se retrouve au Livre X, où, à propos de la société, Gaius déclare que, dans certains cas, on doit intenter les actions en partage, et non l'action *pro socio* (1). Il précise que l'action *familiae erciscundae* s'applique au cas d'indivision entre cohéritiers, tandis que l'action *communi dividundo* est réservée aux autres cas. Et il affirme que dans ces hypothèses l'action *pro socio* ne peut être utilisée.

Malheureusement, ce dernier texte nous est parvenu isolé. Les termes *quibus casibus*, par lesquels il débute, ont peut-être été introduits par les Compilateurs pour rattacher le texte aux fragments précédents. Alors même qu'on les attribuerait à Gaius, on ne saurait exactement quels étaient *ces cas*, auxquels il fait allusion. M. Ein a cru trouver là une raison suffisante pour écarter l'objection que ce texte fournit contre sa théorie (2). Mais alors même que l'on

de contrat pour l'établir, que la société est possible sans contrat de société. Mais alors que vient faire la mention de l'action *C. D.*, s'il n'est pas question d'indivision, et pourquoi ce texte, qui n'intéresserait que la société, est-il au Livre VII consacré à l'indivision? Il est plus simple et plus satisfaisant d'admettre que Gaius voulait opposer ici indivision et société et qu'il connaissait parfaitement la distinction entre les deux institutions.

M. Frezza (*op. cit., Riv. it. sc. giur.*, t. VII (1932), p. 120) tient le texte pour interpolé, car, selon lui, l'indivision serait en droit classique un contrat réel. C'est ce qu'il faudrait démontrer, et ce que le texte contredit.

(1) D. 17, 2, *pro socio*, 34 : *Quibus casibus si quid forte unus in eam rem impenderit sive fructus mercedesve unus perceperit vel deteriorem fecerit rem, non societatis judicio locus est, sed inter coheredes quidem familiae herciscendae judicio agitur, inter ceteros communi dividundo. inter eos quoque, quibus hereditario jure communis res est, posse et communi dividundo agi* < *Sabinus ait* > (Lenel?).

(2) *Op. cit., B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 122 : « Il frammento resta in aria », dit-il. Il ajoute que la rédaction du texte n'est pas satisfaisante : « *locus est... agitur... posse agi* ». Mais seule la dernière proposition infinitive ne s'explique pas, d'où l'essai de M. Lenel pour la rattacher à une proposition : « *Sabinus ait* ». De même que le texte a été séparé d'un développement au début, de même a-t-on pu couper la phrase finale et omettre le verbe qui commandait *posse agi*. On s'expliquerait ainsi beaucoup mieux l'incorrection du texte qu'en supposant une interpolation : en effet, la solution est conforme à celle d'un fragment de la masse Sabinienne, D. 10, 2, 44, *pr.*, et les Compilateurs eux-mêmes, s'ils avaient composé cette phrase, n'auraient eu aucune raison de la mettre à l'infinitif. La forme infinitive, loin de prou-

ignorerait les cas où Gaius voyait une indivision, il n'en résulte pas moins qu'il en reconnaissait l'existence et l'opposait à la société.

C'est donc l'existence dans l'édit de formules distinctes qui a obligé les jurisconsultes classiques à séparer deux institutions que de nombreuses analogies incitaient à rapprocher.

3. — La façon même dont ils se trouvaient conduits à parler de l'indivision devait avoir une importance toute particulière. Lorsqu'ils traitaient de la société, ils le faisaient dans des ouvrages systématiques de droit civil, comme les *Libri ad Sabinum,* ou dans des exposés doctrinaux et méthodiques dont les Institutes de Gaius sont le meilleur exemple. La société était étudiée en elle-même et non pas simplement dans un commentaire de l'action *pro socio*. Gaius (1) traite selon une méthode didactique de sa formation et de sa dissolution. Peut-être, comme le fera Justinien (2), exposait-il, ensuite, dans un passage que ni le manuscrit de Vérone ni le *P. S. I. n° 1182* ne nous ont livré, les obligations des associés et la mesure de leur responsabilité. La société est présentée comme un contrat consensuel (3), comme une entité juridique distincte, dont la création, la vie et la cessation sont étudiées de façon systématique.

Rien de pareil pour l'indivision. Aucun des commentaires que nous avons signalés n'en traitent à titre principal. Ce sont les différentes parties de la formule des actions en partage, l'aspect procédural qui retiennent l'attention des jurisconsultes classiques. Les causes d'indivision sont présentées à propos des droits mentionnés dans l'*intentio,* son régime n'est connu qu'indirectement par les règlements que le juge aura à faire au moment du partage (*praestationes*). Aucune cons-

ver l'interpolation du texte, établit au contraire qu'il est classique, mais tronqué.

(1) Inst., III, 148-154 et *P. S. I., n° 1182.*

(2) Inst. Just., III, 25, 9.

(3) Gaius, III, 135.

truction d'ensemble n'est tentée. Aucun effort pour l'intégrer dans une catégorie juridique existante.

Il est particulièrement intéressant de remarquer à ce propos que l'indivision ne figure pas dans la liste des obligations *ex variis causarum figuris*, donnée par Gaius au Livre III de ses *Res cottidianae* (1). Il est peu vraisemblable de supposer que les Compilateurs aient fait disparaître un passage où elle figurait, puisqu'aux Institutes de Justinien ils la mentionnent parmi les quasi-contrats (2). On ne peut davantage songer à un oubli de Gaius dans son énumération : les *Res cottidianae* semblent, d'après ce qui nous en est parvenu, marquer un progrès sur les Institutes et en particulier présenter une classification plus complète des sources des obligations (3).

Le silence de Gaius prouve que, si la doctrine était déjà parvenue à distinguer les deux situations voisines de la société et de l'indivision, elle n'avait pas fait de la seconde une institution autonome. Tandis qu'elle reconnaissait dans l'une un contrat distinct, l'autre ne lui apparaissait que comme une forme particulière de divers droits, comme l'aspect d'un droit, non comme une catégorie juridique indépendante.

III. — L'œuvre des derniers jurisconsultes classiques, Papinien, Paul, Ulpien (4), mérite un examen spécial, tant par

(1) D. 44, 7, *de oblig. et act.*, 5. En faveur du caractère classique de cette classification : Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, *Ann... di Palermo*, t. III-IV (1917), p. 295 et les auteurs cités, *ibid.*; Betti, *Le Fonti d'obbligazione*, *Arch. giur.*, t. XCIII (1925), p. 281-287. M. Arangio-Ruiz, qui s'était d'abord montré favorable à cette thèse (*D. 44, 7, 25, 1 c*, *La classificazione gaiana delle fonti di obbligazione*, *Mél. Cornil*, t. I, p. 83-95), l'a depuis abandonnée pour soutenir le caractère byzantin des *variae causarum figurae* (*Ancore sulle res cottidianae*, *Studi Bonfante*, t. I, p. 512-513). Il reste cependant difficile de tenir pour contemporaines deux classifications contradictoires.

(2) Inst. Just., III, 27, *de obl. quasi ex cont.*, 3-4.

(3) Krüger, *Hist. des sources*, p. 253-254; *Geschichte der Quellen*, p. 211; Riccobono, *Ann... di Palermo*, t. III-IV (1917), p. 289-290.

(4) Les passages du livre I des *Responsa* de Scaevola, consacré aux actions *F. E.* et *C. D.* (Lenel, *Paling.*, nos 223 [D. 10, 2, 39], 224 [D. 10, 3, 30]), ne

la valeur personnelle de ces auteurs que par l'utilisation qu'ils firent des travaux de leurs devanciers. Elle est à la fois l'expression la plus haute et la synthèse la plus complète de la jurisprudence classique (1). C'est elle qui nous fournira le plus nettement le critère distinctif de l'indivision et de la société.

1. — Dans ses deux principaux ouvrages, Papinien sépare nettement l'examen de la société de celui des actions en partage. Le Livre VII des *Quaestiones* traite de ces dernières, alors que la société est étudiée au Livre IX (2). De même, l'action *familiæ erciscundae* est exposée au livre II des *Responsa*, et la société au Livre III (3). Ces traités suivent d'ailleurs le plan ordinaire des *Digesta*, et c'est le commentaire de l'édit qui conduit à distinguer l'indivision et la société.

On pourrait cependant invoquer contre cette distinction un fragment des *Responsa* relatif à la société (4).

On y trouve le cas suivant :

« *Si fratres parentium indivisas hereditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent, quod aliunde quæsierint in commune non redigetur* ».

Et un peu plus loin une nouvelle espèce suppose : « *inter fratres voluntarium consortium initum fuerit* ».

A propos de l'action *pro socio* Papinien aurait donc parlé du *consortium*. Les frères qui conservent *parentium indivisas hereditates* sont des frères restant dans l'indivision, des *consortes*. L'indivision familiale serait confondue avec la société, et cela par le juriste que l'on se plaît à tenir pour le premier des jurisconsultes romains !

Un examen plus soigneux du texte peut cependant laisser

peuvent fournir aucun renseignement, l'absence de fragment relatif à la société rendant toute comparaison impossible.

(1) Krüger, *Hist. des sources*, p. 268, 285, 297-298.

(2) Lenel, *Paling.*, nos 134-140, 171.

(3) *Eod.*, nos 436-438 et 464-465.

(4) Rapporté par Ulpien, 31 *ad ed.*, D. 17, 2 (*pro socio*), 52, § 6-10.

sceptique sur cette prétendue confusion. La communauté familiale, qui est à l'origine du *consortium* primitif, impliquait la mise en commun de tous les gains et pertes des *fratres*. Leurs acquisitions comme leurs dettes venaient se confondre dans la masse commune. Or, ici, Papinien suppose que seule l'hérédité est indivise, tandis que les acquisitions réalisées par la suite resteront propres à leur auteur. Il ne s'agit donc pas du *consortium* véritable.

Le terme de *voluntarium consortium* ne doit pas induire en erreur. *Consortium* ne désigne pas l'institution ancienne. Le terme de *voluntarium* suffirait à le prouver. Il corrige, dans la pensée de Papinien, l'idée inexacte que pourrait évoquer le terme *consortium*. Il signifie, en effet, que ce dernier sera volontaire, c'est-à-dire résultera d'une manifestation de volonté des parties, alors que le *consortium* primitif se formait de plein droit au décès du *pater*. Le *voluntarium consortium*, pour Papinien, est une société (1). S'il était quelque doute sur l'interprétation de ce passage, il disparaîtrait en se souvenant que, déjà à l'époque de Gaius, le *consortium* était une institution périmée (2) et que, par conséquent, ce n'est pas à son sujet que Papinien a pu être appelé à donner son opinion.

(1) La proposition tout entière implique la conclusion d'un accord, et non pas une situation résultant de la loi : *si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit.* Les frères ont créé un *consortium voluntarium,* une société (en ce sens, Pernice, Z. S. *St.*, t. III (1882), p. 75; Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 110, n. 3; Poggi, *Contratto di Società*, p. 96-101).

(2) La scolie de Stéphane sur ce texte confirme cette interprétation (Basiliques, 12, 1, 50, sc. 17 : Heimbach, t. I, p. 753). Elle déclare qu'il faut un *specialis consensus* (ἰδικῆς δέονται βουλήσεως) pour former la *societas* entre frères : ὅτι σήμερον ἀνήρηται ἡ ρεχο νον σιτο κοινωνία (Cf. cette lecture dans Pringsheim, Z. S. *St.*, t. XLV (1925), p. 491). C'est donc depuis la disparition de l'*ercto non cito* (= *consortium*) qu'un consentement est nécessaire pour créer un régime analogue : la société entre frères, le *consortium voluntarium.* (Cela condamne la théorie de Lastig, *Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts*, *Zeitschrift für Handelsrecht*, t. XXIV (1879), p. 427 sq., qui croyait trouver dans ce *voluntarium consortium* l'origine de la société. Celle-ci est bien antérieure à cet essai de résurrection, par la convention, du *consortium* disparu).

Rien dans ces textes ne prouve la confusion de la société et de l'indivision. Tout au plus pourrait-on être surpris que Papinien fasse allusion à une indivision successorale (*indivisas hereditates*) dans un texte consacré à la société. Il faut cependant remarquer que nous ignorons ce qui, dans le texte, précédait cette mention. C'est par elle que commence la citation d'Ulpien auquel nous devons d'avoir conservé ce fragment. Peut-être le jurisconsulte signalait-il la solution applicable à l'indivision, en la comparant à celle qui existait en matière de société. Les analogies entre les deux institutions rendent licite l'hypothèse d'une comparaison. Mais, et ceci est le point essentiel, Papinien ne dit nullement que l'on pourra user de l'action *pro socio*. Il n'applique pas à l'indivision l'action valable pour la société.

M. Ein a cru trouver dans la fin du fragment (D. 17, 2, 52, 10) (1) une confirmation de sa théorie (2). Il ne conteste pas que le texte traite de la société. Mais le même problème pourrait, d'après lui, se poser en cas de simple indivision. L'action *communi dividundo* ne pourrait alors servir, car en droit classique on ne peut l'intenter *manente communione* pour le remboursement de dépenses faites dans l'intérêt commun. Celui-ci ne pourrait donc être obtenu que par « *il mezzo mastodontico di chieder la divisione dell' insula* ». Au contraire, si l'on admet l'exercice de l'action *pro socio* par les indivisaires, toute difficulté disparaît.

(1) *Idem respondit : socius, qui cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit, quamvis aut sortem cum* [*certis*] *usuris intra quattuor menses, postquam opus refectum erit, recipere potest exigendoque privilegio utetur aut deinceps propriam rem habebit, potest tamen pro socio agere ad hoc, ut consequatur quod sua intererat.*

(2) *Op. cit.*, p. 87-90. La partie du texte relative à l'action *pro socio* est suspectée par M. Pringsheim (*Kauf mit fremdem Geld*, p. 148) et par M. Krüger (*Dig.*). Mais M. Ein fait remarquer que la solution pouvait être classique et qu'en tout cas une action devait exister pour se faire rembourser *sortem cum* <*centesimis*> *usuris*. L'expression *exigendoque privilegio utitur* ne permet pas, en effet, de penser que ce remboursement ne pouvait être exigé et que le copropriétaire ne l'effectuait que volontairement pour éviter de perdre sa propriété.

L'argument est spécieux. Il ne prouve pas l'existence de l'action *pro socio* en matière d'indivision. Il indique l'avantage qu'il y aurait à l'admettre. C'est un projet de réforme, dont on ne saurait faire état dans une étude d'ordre strictement historique (1).

2. — Le nombre important des fragments de Paul qui nous sont parvenus permet de se faire une idée exacte et certaine de la conception de ce jurisconsulte sur les rapports de la société et de l'indivision.

Les *Libri ad Sabinum* réunissent l'étude des deux institutions dans un même livre (2). Cela est conforme à la méthode suivie dans les ouvrages de droit civil et nous avons vu les raisons d'être de cette pratique (3).

Mais, dans tous les autres ouvrages dont nous pouvons rétablir le plan, Paul traite dans des livres différents des actions en partage et de l'action *pro socio*. Cela est naturel pour les *Libri ad Edictum*, où la séparation faite par l'Édit entre les deux groupes d'actions devait se retrouver dans son commentaire (4).

Mais une série d'autres ouvrages de Paul suivent également le plan de l'Édit, soit directement, soit indirectement, en adoptant l'ordre des *Digesta*, qui dans leur première partie s'en tenaient au plan de l'Édit. Dans ces divers ouvrages : *Quaestiones* (5), *Responsa* (6), *Libri ad Plautium* (7), Sentences (8), des livres distincts sont consacrés à l'indivision et

(1) Nous retrouverons plus loin le problème des recours *manente communione* (*infra*, Chap. V).

(2) Lenel, *Paling.*, L. VI, nos 1728-1741.

(3) *Supra*, p. 44 et 48.

(4) L. XXIII [*Finium Regundorum, Familiae erciscundae, Communi dividundo*], L. XXXII [*...pro socio*].

(5) L. II [*...de judiciis divisoriis*], L. IV [*...pro socio*].

(6) L. III [*...familiae erciscundae*]. Les *Quaestiones* et les *Responsa* suivent, selon la méthode de Scaevola et de Papinien, le plan des *Digesta*.

(7) L. III [*De judiciis divisoriis...*]. Les *Libri ad Plautium* sont également composés sur le plan des *Digesta*.

(8) I, 18 [*Familiae erciscundae*]; II, 16 [*pro socio*]. Autant que le per-

à la société (1). Cela témoigne de l'influence considérable exercée par le plan de l'Édit sur les œuvres classiques. Dans ces conditions, on ne saurait douter que la séparation matérielle des deux institutions, dans les traités juridiques, n'ait correspondu à une distinction rationnelle dans l'esprit de leurs auteurs. Si elle n'avait pas été clairement aperçue au début de l'époque classique, elle devait s'imposer à la longue, au moins par la pratique de commenter séparément les formules des actions en partage et celle de l'action *pro socio*.

3. — Les mêmes remarques doivent être faites à propos des œuvres du contemporain de Paul, Ulpien. Son œuvre, moins profonde et moins personnelle, reflète d'autant mieux les conceptions de ses devanciers et de ses maîtres. Clôturant la grande époque de la jurisprudence classique, elle fournit une somme des résultats acquis et mérite, à raison de ce caractère encyclopédique, un examen particulier.

Comme Paul, Ulpien réunit l'étude de la société et de l'indivision dans son Livre XXX *ad Sabinum*. Mais, ici encore,

mette la médiocrité de la transmission des Sentences, on peut penser qu'elles suivaient le plan des *Digesta*. Les Sentences n'émanent pas de Paul, mais ont été composées à la fin du IIIe siècle (?) par un inconnu, qui se proposait de grouper des passages de Paul pour les rendre plus accessibles aux praticiens (De Francisci, *Storia*, p. 382, n. 245; E. Levy, *Paulus und der Sentenzenverfasser*, *Z. S. St.*, t. L (1930), p. 272-294; Lauria, *Richerche su Pauli Sententiarum libri*, *Ann. di Macerata*, t. VI (1930), p. 33 sq.; Niedermeyer, *Studi Bonfante*, t. II, p. 400; Lauro Chiazzese, *Confronti testuali*, *Ann. di Palermo*, t. XVI (1931), p. 90, n. 3 et 100, n. 1). Cela réduit encore la valeur du texte pour le droit classique.

(1) Il nous est parvenu un texte des *Manualia* relatif à l'action *C. D.* (L. I, n° 1001). Malgré l'absence de texte sur l'action *pro socio*, on peut supposer que Paul, ici encore, en séparait le commentaire de celui des actions en partage, car les *Manualia* suivaient l'ordre des *Digesta* ou tout au moins de l'Édit (Krüger, *Histoire des sources*, p. 283 et n. 4; *Geschichte der Quellen*, p. 237). Quant au fragment relatif à l'action *F. E.*, extrait du Livre I des *Decreta* (Lenel, *Paling.*, n° 59, D. 10, 2, 41), il ne peut fournir aucun indice sur la méthode suivie dans cet ouvrage. M. Lenel, qui a groupé selon le plan édictal les extraits des *Decreta*, déclare (*Paling.*, t. I, col. 959, n. 1) que cet ordre ne lui paraît pas certain et qu'il ne l'adopte pas « *sine dubitatione* ».

il est facile d'isoler les textes relatifs à la société de ceux consacrés à l'indivision (1). Il y a juxtaposition, non confusion. Inversement, suivant la méthode classique, les *Libri ad Edictum* séparent l'étude des actions en partage (L. XIX-XX) de celle de l'action *pro socio* (L. XXXI). Enfin, les *Disputationes* et les *Opiniones*, construites sur le plan des *Digesta*, traitent des actions en partage, les premières au Livre II (2) et les secondes au Livre VI (3). Les textes concernant dans ces deux ouvrages l'action *pro socio* ne nous sont pas parvenus.

4. — Cette distinction formelle, prouvée par le seul plan des œuvres juridiques, est confirmée par les différences foncières que signalent Paul et Ulpien avec plus de force que tous leurs prédécesseurs (4).

On ne saurait se laisser arrêter par certains textes accordant l'action *pro socio* sans spécifier expressément qu'il s'agisse d'une société (5). D'après Paul et Ulpien, l'habitant d'une maison condamné dans l'action *de effusis et dejectis* peut poursuivre par l'action *pro socio* les autres habitants de l'immeuble (6).

(1) Lenel, *Paling.*, nos 2738-2747 (société); 2748-2750 (indivision). Peut-être (ce n'est là qu'une hypothèse incontrôlable) le n° 2747 fournit-il la transition entre société et indivision. Il traite de cas où l'opération envisagée ne peut être une société, à raison de l'absence d'un des éléments nécessaire au contrat de société. Il est possible qu'Ulpien par ces exemples en soit venu à traiter de l'indivision, qui ressemble à la société, mais qui cependant ne se confond pas avec elle, faute de certains éléments (contrat de société, par ex.). Il aurait ainsi opposé juridiquement deux institutions, que leurs analogies incitaient à étudier côte à côte.

(2) Lenel, *Paling.*, nos 40-41 (D. 5, 1, 14; 10, 2, 49).

(3) *Eod.*, n° 2357 (D. 10, 2, 50).

(4) Gaius, III, 154 (*supra*, p. 51-52); D. 17, 2, 34 (*supra*, p. 53, n. 1); Pomponius, D. 44, 7, 57 (*supra*, p. 52, n. 1); Papinien, D. 17, 2, 52, 6-10 (*supra*, p. 56-59).

(5) Ein, *op. cit.*, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 84-87.

(6) Ulpien (23 *ad ed.*), D. 9, 3, *de his, qui effud.*, 1, 10 : *Si plures in eodem cenaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis haec actio dabitur... l. 3 et quidem in solidum : sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur.* Paul (19 *ad ed.*), D., *h. t.*, 4 : [*perceptione non litis contestatione*] *praestaturi partem damni societatis judicio vel utili actione ei qui solvit.*

Le texte ne dit pas qu'il s'agisse d'une société. Mais la mention du *judicium societatis* est dans un court fragment de Paul, et l'on ne peut par suite savoir à quelle hypothèse précise cette solution s'appliquait (1). Il est peu probable qu'il s'agisse ici d'indivision, car Ulpien, définissant le terme *habitare*, contenu dans l'Édit, déclare : « *habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto, vel gratuito* » (2). Or, nous verrons que le locataire et le précariste ne peuvent être dans l'indivision (3). Pourquoi supposer que nous sommes en présence d'un cas d'*habitatio in suo*, seule hypothèse où il puisse y avoir indivision, alors que l'action *pro socio* est la sanction normale de la société?

Un autre texte concerne l'acquisition faite par l'esclave commun, légataire d'un des *socii*. Le legs profitera pour le tout au *socius* survivant, sans que l'héritier du disposant puisse en réclamer une part par l'action *pro socio*. Ulpien, qui rapporte ici une opinion de Julien, empruntée elle-même à Pomponius et à Sabinus, justifie la solution en observant que l'acquisition n'a pas été faite par le *socius* survivant « *propter societatem, sed propter suam partem* ». C'est comme copropriétaire de l'esclave que le maître acquiert par lui. L'acquisition lui profitera pour le tout, puisqu'au moment où elle s'opère, l'autre *socius*, qui serait venu concourir avec lui, n'existe plus (4).

Quand bien même on se refuserait à reconnaître qu'il s'agissait en l'espèce d'une société, en donnant au mot *societas*

(1) M. Lenel (*Paling.*, n° 299) le rapporte à l'action *de effusis et dejectis*.

(2) D. 9, 3, *de his qui effud.*, 1, 9.

(3) *Infra*, p. 194.

(4) Ulpien (31 *ad ed.*), D. 17, 2, *pro socio*, 63, 9 : *Si servo communi legatum sine libertate unus ex dominis reliquit, hoc ad solum socium pertinet : an tamen pro socio judicio communicari debeat cum herede socii, quaeritur. et ait Julianus Sextum Pomponium referre Sabinum respondentem non communicari, et posse hanc sententiam defendi Julianus ait : non enim propter communionem hoc adquisitum est, sed ob suam partem, nec oportet id communicari, quod quis non propter societatem, sed propter suam partem adquisierit.*

Les interpolations soutenues à propos de ce texte ne touchent en rien au problème qui nous occupe.

son sens strict, on ne peut contester que le texte soit extrait du Livre XXXI *ad edictum* où Ulpien traitait de la société et non de l'indivision, qu'au Digeste il se retrouve au titre *Pro socio* et que, par conséquent, l'action *pro socio* sanctionne ici la société et non l'indivision (1).

Ce sont plus particulièrement les textes où Paul et Ulpien traitent des modes de formation de la société ou de l'indivision qui traduisent la différence entre les deux institutions, et font apparaître le critère classique permettant de les opposer l'une à l'autre.

Lorsque Paul parle de colégataires que « *conjunxit ad societatem non consensus, sed res* » (2), il entend à n'en pas douter l'indivision, et emploie le terme *societas* dans son sens le plus large.

Mais il serait inexact d'interpréter l'expression *societas* créée *re* comme désignant toujours l'indivision. L'imprécision de la terminologie sur ce point tient au double sens du mot *societas*, que nous avons signalé dès le début de ces explications. C'est ainsi que la *societas re coita*, dont parle un texte de Modestin, désigne la société et non l'indivision (3).

(1) C'est à tort que M. Ein croit que le recours reposait sur la *communio incidens* entre le *socius* survivant et l'héritier du *socius* décédé, relativement aux biens sociaux (*op. cit.*, p. 87) ; s'il en était ainsi, on ne comprendrait pas que l'héritier n'ait pas droit à une fraction du legs, de même qu'il aurait droit à une part dans toutes les acquisitions de l'indivision. En réalité, l'héritier est repoussé parce qu'il réclame par l'action du contrat de société (qu'il exerce comme héritier) quelque chose qui n'est pas entré dans la société, celle-ci étant dissoute par le décès du *socius* au moment où l'esclave recueillait le legs. S'il n'obtient rien, c'est la preuve que son recours était fondé sur la société, qui n'a pas profité du legs, et non pas sur l'indivision, qui suit la dissolution de la société.

(2) D. 10, 2, *F. E.*, 25, 16 (Cf. Brasiello, *Obligatio re contracta*, *Studi Bonfante*, t. II, p. 552, n. 37). L'expression *res conjunxit ad societatem* ne signifie d'ailleurs pas nécessairement que c'est la *res* qui crée la *societas* au sens juridique du terme. C'est une façon imagée de parler, et l'on retrouve chez Cicéron (*Pro Roscio Comoedio*, VI, 16, *i. f.*) une expression analogue dans un cas où il s'agit incontestablement de société consensuelle : *...et socium fallere, qui se in negotio conjunxit.*

(3) Modestin (3 *Reg.*), D. 17, 2, *pro socio*, 4 : *Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est. Dissociamur renuntiatione*

Dans l'opinion traditionnelle, ce texte signifiait simplement que le consentement nécessaire à la formation de la société pouvait résulter de certains faits (1). Mais on a soutenu que Modestin entendait par ces termes l'indivision, que par conséquent celle-ci ne serait qu'une forme de *societas*, distincte de l'autre simplement dans son mode de constitution (2).

Cela suppose une interprétation du texte qui n'est guère concevable. Si les termes de *res* et de *verba* désignaient les deux formes de *societas* que sont l'indivision et la société consensuelle, on ne comprendrait plus à quoi fait allusion le terme de *nuntius*. Le fait de citer trois modes de formation de la *societas* ne peut laisser entendre qu'ils correspondent à deux types distincts de société. D'autre part, le § 1[er] énumère des modes de dissolution de la société qui ne peuvent concerner que la société consensuelle. C'est donc elle seule que l'auteur a en vue (3).

Enfin, lorsque Ulpien (4) signale les quatre modes d'extinc-

morte capitis minutione et egestate. Le texte est tenu pour interpolé par M. Brasiello, *Studi Bonfante*, t. II, p. 551-552.

(1) En dernier lieu, Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 116. M. Pringsheim (*Animus in roman law*, *Law quarterly Review*, 1933, p. 386) affirme également : « by *et re* they appear to mean a formation without any outward declaration ». Mais il attribue cette expression aux Compilateurs. Rien ne semble s'opposer à ce qu'elle soit classique.

(2) Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 107-108 ; Frezza, *op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 111-112.

(3) En ce sens, Duquesne, *Cours de doctorat*, Strasbourg, 1932-1933. Pour les trois derniers (*morte*, *capitis minutione*, *egestate*) cela est indiscutable. Au contraire, la *renuntiatio* est possible pour l'indivision comme pour la société, mais le terme désigne une cessation volontaire d'une situation créée volontairement (un *contrarius consensus*), plutôt que la première manifestation de volonté pour faire cesser un régime que la volonté n'a pas créé.

(4) Le terme de *voluntaria societas*, qui au Dig. 17, 2, *pro socio*, 63, 8, est attribué à Ulpien, paraît être byzantin. Mitteis avait déjà suspecté l'interpolation du texte (*infra*, p. 92, n. 2) et M. Ein (*op. cit.*, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 96, n. 3) ne semble pas être parvenu à le réfuter. Il ne suffit pas de rappeler que Cicéron usait de l'expression pour démontrer qu'Ulpien l'emploie également. A supposer d'ailleurs que le texte soit d'Ulpien, la comparaison avec le passage de Cicéron lui-même prouverait

tion de la *societas* : *ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione* (1), on ne peut, sous prétexte que certains d'entre eux existent à la fois pour la société et pour l'indivision, prétendre qu'il ne distinguait pas les deux institutions (2).

Cette opinion serait d'autant moins défendable que dans d'autres textes Ulpien oppose de la façon la plus nette l'indivision et la société. Il consacre en quelque façon le travail de discrimination de la jurisprudence classique et nous fournit le critère qui s'imposa pour distinguer l'indivision et la société (3).

Mais ces textes ont fait l'objet d'une sévère critique. Pré-

que la *voluntaria societas* s'oppose à l'indivision, qui suit la dissolution de la société par la mort d'un associé : *Pro Quinctio*, 24, 76 (*supra*, p. 47, n. 2).

La société qui n'est pas volontaire, la *societas necessaria* dont parle le texte correspondant des Basiliques (XII, 1, 61 : Heimbach, t. I, p. 770) est donc la *societas* au sens large : l'indivision, et non pas une *societas re* (En ce sens déjà, Cujas, *Observ. et Emendat., L. X, ch. 25*, t. III, col. 258-259). On ne peut tirer aucun renseignement de la scolie des Basiliques sur ce texte (Heimbach, *eod.*). Elle oppose la société constituée par un pacte, qui serait la société nécessaire, à celle formée par le seul consentement, qui serait la société volontaire. C'est faire appel à des conceptions étrangères aux classiques.

(1) Ulpien (31 *ad ed.*), D. 17, 2, *pro socio*, 63, 10.

(2) Ein (*op. cit.*, p. 107-109). De même, les ressemblances entre les deux institutions, par exemple pour interdire la dissolution avant un certain délai (D. 10, 3, 14, 2-3 et 17, 2, 14), ne prouvent pas, quoi qu'en dise l'auteur (p. 108, n. 2), leur complète identité.

(3) Ulpien (30 *ad Sab.*), D. 17, 2, *pro socio*, 31 : *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet : nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri.*

Idem (2 *ad ed.*), D., *h. t.*, 32 : *Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur.*

Idem (31 *ad ed.*), D., *h. t.*, 33 : *Ut in conductionibus publicorum, item in emptionibus : nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium rem emere in commune, quod a societate longe remotum est. et ideo societate sine tutoris auctoritate coita pupillus non tenetur, attamen communiter gesto tenetur.*

venus contre eux par des termes qui ne sont pas classiques ou par la divergence de leurs solutions avec celles d'autres textes, de nombreux auteurs en ont condamné tel ou tel passage. Reprenant leurs arguments, condamnant de nouveaux fragments, M. Ein en est arrivé à déclarer que ces textes ne traduisent plus que la pensée byzantine. Leur teneur actuelle serait exactement le contraire de celle qu'ils avaient primitivement (1).

La loi 31, qui pose le plus nettement la distinction de la société et de l'indivision, fait, pour cela même, l'objet des plus vives critiques. Complétant les objections de Bonfante, Salvadore, Berger, Pringsheim, Albertario, Perozzi, Beseler et Del Chiaro (2), M. Ein déclare que tous les exemples du texte sont inexacts pour l'époque classique et que « *Ulpiano doveva dire il contrario di quello che dice il testo attuale* » (3).

Nous ne pouvons reprendre ici l'examen de tous les arguments que l'on a fait valoir contre chaque passage de ce texte. Tous ne sont d'ailleurs pas également convaincants. Quand, par exemple, on déclare que l'achat en commun ne peut être un cas d'indivision, parce que Gaius (4) et Ulpien lui-même (5) parlent de société conclue pour faire cette acquisition, on tire de ces derniers textes des conclusions qu'ils ne comportent pas. Ceux-ci disent qu'il peut y avoir société pour des achats en commun, non qu'il y ait toujours société. La loi 31 donne une solution différente, mais qui ne contredit pas la précédente, et l'on ne saurait, sous ce prétexte, la dire interpolée (6).

On ne doit pas davantage invoquer le passage de Paul

(1) *Op. cit., B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 113-127.

(2) Voir les références, *op. cit., B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 113-114, et y ajouter Pringsheim, *Animus in roman law* (*Law quarterly Review*, 1933, p. 383).

(3) *Loc. cit.*, p. 126.

(4) D. 10, 3, *C. D.*, 2, *pr.*

(5) D. 17, 2, *pro socio*, 52, 11.

(6) *Infra*, p. 105, n. 4.

« *...conjunxit ad societatem non consensus sed res* » (1), pour déclarer que le legs fait en commun, à plusieurs personnes, ne crée pas entre elles une indivision (2). Nous avons vu que les paroles de Paul désignent précisément l'indivision (3), et un texte de Gaius confirme cette solution (4).

On ne saurait donc prétendre que tous les exemples donnés par la loi 31 soient l'œuvre des Compilateurs, sans se laisser aller à certaines exagérations. Mais il n'en reste pas moins que la fin du texte a fait l'objet de remaniements. Si les expressions de *citra*, *ut puta*, *affectione societatis* n'en semblaient pas une preuve suffisante, la séparation des deux hypothèses relatives à l'indivision par suite d'achat (*a duobus simul empta res sit*, *a duobus separatim emimus partes*) est une faute de présentation, qui témoigne des modifications dont le texte fut l'objet.

Mais, alors même qu'on partagerait les opinions hypercritiques, émises à propos de ce texte, la première phrase prouverait, à elle seule, la distinction de la société et de l'indivision, en décidant qu'il ne suffit pas que la chose soit commune pour qu'il y ait société.

« *Ut sit pro socio actio, societas intercedere oportet : nec enim sufficit rem esse communem* » (5).

Au milieu de toutes les objections soulevées contre le texte, cette proposition est restée à l'abri des critiques. Elle exprime un principe général, que les Compilateurs n'ont fait qu'illustrer par l'adjonction d'exemples, dont certains sans doute furent empruntés à Ulpien. Dans sa sécheresse elle exprime de la façon la plus exacte la différence entre la société et l'indivision. D'après Gaius, l'action en partage était possible au cas de société comme à celui d'indivision (6). Ulpien ajoute

(1) D. 10, 2, *F. E.*, 25, 16.
(2) Ein, *op. cit.*, p. 115.
(3) *Supra*, p. 63.
(4) D. 10, 3, *C. D.*, 2, *pr.* (*supra*, p. 52, n. 2).
(5) En ce sens, Duquesne, *Cours de doctorat*, Strasbourg, 1932-1933.
(6) D. 10, 3, *C. D.*, 2, *pr.* (*supra*, p. 52, n. 2).

qu'à l'inverse l'action *pro socio* ne peut être intentée lorsqu'il y a simplement *res communis*, c'est-à-dire indivision, sans société.

La loi 32 a fait l'objet d'une critique encore plus radicale, et M. Ein a pu écrire « *passo per passo siamo arrivati a distruggere completamente il fr. 32* » (1).

Sans doute, la critique de forme, fondée sur le caractère non classique de l'expression *tractatu habito*, peut faire croire à un rajeunissement du texte (2). Mais cela ne suffirait pas à prouver le caractère byzantin de sa solution, et c'est en confondant les deux sens du mot *societas* que l'on a condamné la distinction établie par Ulpien (3). Il est au contraire très vraisemblable que le texte, sous sa forme première, concernait déjà la différence entre la société et l'indivision. En effet, il figurait au Livre II *ad edictum* parmi des textes

(1) *Op. cit.*, p. 121. De même, Pringsheim, *Animus in roman Law* (*Law quarterly Review*, 1933, p. 385) : « *Lex* 32... is enterely post-classical ». Son principal argument est l'emploi de *tractatus*.

(2) *Tractatus* est suspect. Cf. Guarneri Citati, *Indice*, *ad hoc v°*; Beseler, *Z. S. St.*, t. L (1930), p. 43.

(3) Les objections de M. Ein sont les suivantes (*op. cit.*, p. 117-120) : 1° Il faut, pour rendre intelligible la fin du texte, la corriger ainsi : *cum sine tractatu, in re ipsa et negotio* < *societas coita est* > *communiter gestum videtur*. Or, si l'on introduit la mention de la *societas*, on doit déclarer, avec la loi 31, que ce sera l'action *pro socio* qui sera donnée (*ut sit pro socio actio, societas intercedere oportet*). Il n'y aurait donc aucune différence entre les deux situations. Mais, *a*) l'adjonction n'est pas aussi nécessaire que le croit l'auteur. Il suffit de sous-entendre : « *cum sine tractatu in re ipsa et negotio* (*actum est*) » pour que le sens soit satisfaisant; *b*) alors même que l'on ajouterait *societas*, cela n'impliquerait pas nécessairement l'exercice de l'action *pro socio*, car le terme a un sens large, signifiant communauté, compagnie, qui serait, ici, le seul admissible. Or, M. Ein applique ce qu'Ulpien dit au fr. 31 de la *societas* au sens strict, à la *societas* au sens large; 2° Le texte d'Ulpien contredirait celui de Modestin : *h. t.*, 4 : *societatem coire et re et verbis... posse*. Mais nous avons vu (*supra*, p. 63-64) que par *societas re coita*, Modestin entend la société et non l'indivision. On ne peut donc tirer aucun argument de ce texte; 3° La loi 65, § 13, condamnerait l'opposition mise par notre texte entre *societas* et *communiter gestum*, lorsqu'elle parle de *pro socio communiterve gestum*. Mais l'expression *communiterve gestum* avait été reconnue par M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 146) comme inter-

relatifs au *vadimonium Romam faciendum* (1). S'il n'avait pas fourni les éléments d'une comparaison entre ces deux situations, on comprendrait mal que les Compilateurs aient été le chercher dans une matière complètement étrangère aux rapports de la société et de l'indivision, lorsqu'ils voulaient, dans cette partie du titre *Pro socio*, les opposer l'une à l'autre. Le groupement de trois passages d'Ulpien, extraits d'ouvrages ou de titres différents (30 *ad Sab.*; 2 *ad ed.*; 31 *ad ed.*), implique que ces fragments faisaient déjà cette opposition Sinon les Byzantins se seraient contentés de remanier le premier d'entre eux, sans songer à le confirmer par des textes étrangers à la question. Plus que les discussions verbales, souvent insuffisantes à dater la solution d'un texte, cet argument nous semble établir le caractère classique de celle qui nous occupe.

Nous n'insisterons pas sur les nouveaux exemples d'actes créant l'indivision sans société, fournis par la loi 33. Celle-ci fit l'objet de nombreuses difficultés, que nous rencontrerons plus loin (2). Mais, sa présence ici, comme celle de la loi 32, prouve qu'elle établissait déjà, dans sa forme pure, la différence entre la société et l'indivision. Sinon on ne saurait expliquer la place que les Compilateurs lui ont faite ici.

Ainsi, malgré des retouches de détail, des coupures, des adjonctions d'exemples, des expressions rajeunies, il est possible de retrouver la doctrine d'Ulpien sur les rapports de la société et de l'indivision. Si, comme ses prédécesseurs, il englobait sous le terme générique de *societas* ce qui correspond à la société et à l'indivision, il n'en distinguait pas moins à travers l'identité des termes la dualité des institutions. En cela, comme en bien d'autres matières, il ne fait

polée. Les raisons d'ordre général que M. Ein invoque pour en démontrer le caractère classique ne suffisent pas à écarter les objections très sérieuses présentées contre ce passage (*infra*, p. 102, n. 1).

(1) Lenel, *Edictum*, p. 55; *Paling.*, nº 201.

(2) *Infra*, p. 103-105.

pas figure de novateur : Gaius avait déjà nettement distingué leur domaine propre et lui-même n'avait fait qu'exprimer avec précision une vérité confusément ressentie dès le début de l'époque classique.

IV. — Réunissant ces définitions, ces exemples, ces solutions, nous pouvons déterminer le critère distinctif des deux institutions. Depuis le début de l'époque classique jusqu'à sa période de plein épanouissement, au début du IIIe siècle, celui-ci n'a pas varié. Tous les jurisconsultes l'ont recherché dans la même direction. Leur doctrine sur ce point fut unanime et ce n'est que dans la précision à l'exposer que l'on peut relever entre eux quelque différence. La société est toujours apparue comme une situation volontaire et conventionnelle, alors que l'indivision résultait nécessairement de certains faits.

Cette opposition était particulièrement sensible au cas de dissolution de la société par le décès d'un de ses membres. Au régime conventionnel de la société se substitue le régime légal de l'indivision entre les survivants et l'héritier du défunt. Dès le *pro Quinctio*, Cicéron l'avait marquée par les termes de *voluntaria* et d'*hereditaria societas* (1). La même idée devait, par la suite, revêtir des formes multiples, mais son sens resta constant : la société fut considérée comme un régime conventionnel, résultant de la volonté des parties. Cette conception se retrouve chez tous les jurisconsultes (2), tandis qu'elle prend

(1) *Supra*, p. 47.

(2) Q. Mucius parle déjà de *societas coita* (D. 17, 2, 30, *supra*, p. 44, n. 3); Alfenus (D., *h. t.*, 71, *pr.*), *Duo societatem coierunt..., in pacto convento societatis*; Proculus (D., *h. t.*, 76, *supra*, p. 48, n. 1); Ulpien (D., *h. t.*, 32, *supra*, p. 65, n. 3). Si *tractatus* n'est pas classique, l'idée qu'évoque le terme, celle de *consensus* (Cf. συναινέσις, employé au passage correspondant des Basiliques, 12, 1, 32 : Heimbach, t. I, p. 741 et la scolie sur ce terme), était déjà dans la pensée d'Ulpien. De même, le texte de Julien, rapporté par Ulpien (D. 19, 5, *de praesc. verb.*, 13, 1), montre nettement le caractère consensuel de la société (*societatem contrahendo; tibi dedero... ita, ut...*) et l'analogie qu'elle présente par là avec la vente ou le mandat.

son expression la plus nette chez Pomponius (1) et Gaius (2).

On ne saurait préciser davantage l'opposition entre les deux institutions (3). Il serait inexact de dire que la société résulte toujours d'une manifestation expresse de volonté, d'un accord contractuel. Nous avons vu que l'accord pouvait se manifester dans des actes accomplis en commun (société contractée *re*) (4). Dans ce cas, la société se rapproche de l'indivision, car elle résulte de faits matériels (5). Toutefois, les deux situations diffèrent entre elles, en ce que l'une est volontaire alors que l'autre ne l'est pas. Le fait qui crée l'indivision entre deux co-légataires ne dépend nullement de leur volonté. Au contraire, les faits matériels qui permettront de constater l'existence d'une société sont ceux qui manifestent l'accord des parties. Ils sont, en réalité, un mode d'expression de leur volonté. Ainsi, même au cas de société contractée *re*, la société est volontaire et conventionnelle.

Inversement, il peut y avoir à l'origine de l'indivision un acte contractuel. Il en est ainsi lorsqu'elle résulte d'achats de parts indivises (6). Elle n'est cependant volontaire qu'en apparence. En réalité, les acquéreurs ne désiraient nullement entrer en indivision. Leur seul but était d'acquérir telle part de bien. L'indivision n'est qu'une conséquence involontaire, alors même qu'elle ne serait pas imprévue, d'un acte volontaire. Il paraît donc plus exact de dire que le critère des deux institutions n'est pas dans l'origine contractuelle de la société (7),

(1) D. 44, 7, *de obl. et act.*, 57, *i. f.* : *...ea societas quae in consensu consistit.*

(2) Gaius, III, 154 : *Societas... quae nudo consensu contrahitur* (Cf. *P. S. I.*, *n° 1182*, l. 11).

(3) Nous ne nous occupons ici que de la source de ces deux situations, non de leur réglementation de détail. Nous retrouverons au cours de notre étude les analogies et les différences qui existent entre elles sur ce point.

(4) D. 17, 2, *pro socio*, 4 (*supra*, p. 63, n. 3).

(5) Aussi *societas re coita* désigne tantôt l'indivision, tantôt la société (*supra*, p. 63).

(6) D. 17, 2, *pro socio*, 31 (*supra*, p. 65, n. 3 et p. 66).

(7) Cette idée avait été proposée par M. Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 148-157. Par contre, l'auteur observe très justement que les notions d'*ani-*

mais simplement dans son caractère volontaire et conventionnel (1).

V. — L'identité du terme désignant la société et l'indivision n'était pas seulement le souvenir de l'époque primitive, où les deux institutions n'avaient été dissociées ni par les faits ni par les analyses juridiques. Elle témoignait, à l'époque classique, des liens étroits qui les unissaient : Cicéron, qui les opposait dans une formule frappante, en signalait ailleurs les analogies (2).

Nous rencontrerons, au cours de cette étude, les ressemblances entre la société et l'indivision, et nous signalerons l'influence que put exercer la première sur l'organisation du régime juridique de la seconde. Mais c'est un lien plus intime que nous devons mentionner ici : l'exercice, au cas de société, des actions en partage, normalement réservées à l'indivision (3).

mus contrahendae societatis (D. 17, 2, 44) et d'*affectio societatis* (D. 17, 2, 31) ne sont pas classiques ; en ce sens : Perozzi, *Istit.*, t. II, p. 300, n. 1 ; Poggi, *Contratto di società*, p. 69-72. *Contra*, Girard, *Manuel*, p. 613. Voir également sur cette question, Salvadore, *Affectio societatis* (*Riv. di dir. civile*, t. III (1911), p. 682-687).

(1) En ce sens, Poggi, *Contratto di società*, p. 72-86; Pringsheim, *Animus in roman law* (*Law quarterly Review*, 1933), p. 382 : « Societas rets upon the agreement of the *socii*. That is the difference between it and *communio*. The *consensus* expresses itself in *communiter agere*; that is enough, no other expression is necessary... In *communio* the *res* becomes *communis* fortuitously, in *societas* as a result of acting in common ».

(2) *Pro Q. Roscio Comoedo*, 18, 55 : ...*Simillima enim et maxime gemina societas hereditatis est; quem ad modum socius in societate habet partem, sic heres in hereditate habet partem. Ut heres sibi soli, non coheredibus, petit, sic socius sibi soli, non sociis petit; et quem ad modum uterque pro sua parte petit, sic pro sua parte dissoluit, heres ex ea parte, qua hereditatem adiit, socius ex ea, qua societatem coiit.*

(3) On a parfois soutenu, à l'inverse, que l'action *pro socio* avait été employée en matière d'indivision (Poisnel, *Recherches sur les sociétés universelles chez les Romains*, *N. R. H. D.*, 1879, p. 456-458, invoque en faveur de cette opinion la généralité du terme *socius*, mais reconnaît qu'elle ne lui est plus applicable à l'époque classique, *eod.*, p. 531-532. Cf. Ferrini, *Arch.*

L'exercice de l'action *communi dividundo* au cas de société conduit à penser, lorsque l'on connaît le principe rigoureux selon lequel chaque action correspond à un droit déterminé, que cette situation implique l'existence d'une indivision. L'examen de ce dernier problème achèvera de mettre en lumière les rapports des deux institutions.

Une série de textes citent côte à côte les actions en partage et l'action *pro socio* (1). Il ne faut pas en conclure que les

giur., t. XXXVIII, p. 9; Trumpler, *Geschichte der röm. Gesellschaftsformen*, p. 9; Krüger, *C. R.* du livre précédent, *Z. S. St.*, t. XXVIII (1907), p. 460; Frezza, *op. cit.*, *Riv. it. sc. giur.*, t. VII (1932), p. 132-140). Cette théorie peut se prévaloir d'un texte où Méla accorde l'action *pro socio* : Ulpien (31 *ad ed.*), D. 17, 2, *pro socio*, 52, 13 : *Item Mela scribit, si vicini semipedes inter se contulerunt, ut ibi craticium parietem inter se aedificarent ad onera utriusque sustinenda, deinde aedificato pariete alter in eum inmitti non patiatur, pro socio agendum. idemque et si aream in commune emerint... pro socio actionem esse.* Or, les rapports de mitoyenneté relèvent normalement de l'indivision (*infra*, p. 85-95) et nous croyons que les achats en commun ne créent pas toujours la société (*infra*, p. 105-107). On ne saurait retenir l'opinion de Poisnel, qui admettait l'emploi de l'action *pro socio* en matière d'indivision à l'époque du *consortium* primitif. L'action *pro socio* n'existait pas à cette date, et c'est à l'époque où elle apparaît que Poisnel en restreint l'application à la société (V. également les critiques adressées à cette théorie par M. Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 197-198). Mais il semble bien que le cas envisagé par Méla soit celui d'une société (Deux scolies sur le texte correspondant des Basiliques, 12, 1, 50 : Heimbach, t. I, p. 756 : Πρῖμος καὶ et Εἰ οἱ γείτονες, font allusion à une convention pour régler l'usage du mur. Mais la scolie καλῶς οὐκ n'explique pas de façon satisfaisante l'emploi de l'action *pro socio*). En ce sens, Berger, *Teilungsklagen*, p. 238, n. 1; Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 156. La mention de l'action *C. D.* dans le texte d'Ulpien (71 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 12, qui pourrait d'ailleurs s'entendre d'un cas où il y a indivision, est interpolée (Cf. *Index interp.* et *Suppl.*, et *infra*, p. 348, n. 2).

(1) Paul (22 *ad ed.*), D. 4, 9, *Nautae caupon.*, 6, 1; Paul (6 *ad Sab.*), D. 10, 3, *C. D.*, 19, 2; Julien (12 *Dig.*), D., *h. t.*, 25; Ulpien (23 *ad ed.*), D. 11, 3, *de servo corrup.*, 9, *pr.*; Ulpien (28 *ad ed.*), D. 14, 3, *de inst. act.*, 13, 2; Paul (4 *ad Plautium*), D., *h. t.*, 14; Ulpien (29 *ad ed.*), D. 15, 1, *de peculio*, 19, 2; Gaius (9 *ad ed. prov.*), D., *h. t.*, 27, 8; Paul (6 *ad Sab.*), D. 17, 2, *pro socio*, 17, *pr.*; Paul (6 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 38, 1. La finale : *et altera actione alteram tolli...* pourrait faire croire que l'action *pro socio* et l'action *communi dividundo* ont le même champ d'application et sont interchangeables. Mais elle est byzantine. Elle se rattache à la préoccupation

deux actions sont interchangeables. Ces textes prouvent « simplement l'identité des règles qui régissent la communauté de biens d'origine contractuelle et sociale et la communauté de biens ordinaire, d'origine successorale ou non » (1). Les deux actions sont employées ici pour obtenir le même résultat, mais dans des situations différentes.

D'autres textes, au contraire, reconnaissent l'usage de l'action *communi dividundo* en matière de société, au sens strict du terme.

d'empêcher que l'exercice successif des deux actions permit d'obtenir deux fois remboursement. En droit classique, c'était au juge d'éviter dans sa sentence cette solution injuste. Justinien en fit un principe légal (Cf. Ernst Levy, *Konkurrenz*, t. II, p. 142 ; Arno, *Studi Riccobono*, t. II, p. 182 ; Segré, *Comproprietà*, Corso, 1930-1931, p. 157-159, qui tient cependant la question pour douteuse); Gaius (28 *ad ed. prov.*), D. 39, 2, *de damno infecto*, 32 ; Gaius (3 *de verb. obl.*), D. 45, 3, *de stipul. serv.*, 28, 1.

(1) Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 147. Au contraire, M. Ein estime que dans ces divers cas l'action *pro socio* est possible, qu'il y ait indivision ou société. Le champ d'application des deux actions ne serait pas séparé par la nature des situations à régir, mais par le moment où le règlement intervient : l'action *pro socio* étant utilisée *manente communione*, l'action *C. D.* au moment du partage et de la liquidation. En effet, déclare l'auteur, si l'action *pro socio* n'était possible qu'au cas de situation conventionnelle (société au sens strict), les textes ne manqueraient pas de l'indiquer (*op. cit.*, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 137-138). Cela n'est cependant pas certain. Les textes que nous venons de citer ne concernent pas *principalement* les rapports de la société et de l'indivision. On comprend donc fort bien que lorsqu'ils sont amenés à citer les actions *C. D.* et *pro socio* ils ne se croient pas obligés d'exposer tout au long leur champ d'application respectif. Ils supposent sur ce point le lecteur averti. Au contraire, si les deux actions avait un champ d'application successif, on pourrait s'étonner que les textes ne le disent pas. Cette succession de deux actions différentes pour régler une même situation est en effet plus exceptionnelle, et par là plus digne d'explications, que leur application à deux institutions distinctes.

M. Frezza, *Actio C. D.* (*Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 131-132), explique différemment ce soi-disant concours. L'action *pro socio* serait d'abord possible lorsqu'il y a société consensuelle et réelle (société formée *consensu*, mais où en outre il y a une *res communis*). Elle servirait à régler les rapports personnels, sans procéder au partage. En second lieu, l'action pourrait également être intentée *manente communione*, pour régler les obligations entre *socii*. Mais l'auteur ne peut produire de textes où l'action *pro socio* soit utilisée pour une indivision nettement affirmée. Tous peuvent s'entendre de la société.

Le plus net d'entre eux est un fragment de Gaius, déclarant sans importance l'existence ou l'absence de société, quant à la possibilité d'intenter l'action *communi dividundo*. Celle-ci, en effet, est possible dans les deux cas (1).

Nous avons vu que ce texte ne prouvait pas que Gaius confondît l'indivision et la société (2). Si donc, malgré cette distinction, il reconnaît l'utilisation, en matière de société, de l'action créée pour l'indivision, c'est que la société cache une indivision. En effet, comme l'écrivait M. Del Chiaro (3) : « La société n'a pas d'unité particulière, qui permettrait de lui reconnaître une certaine vie juridique indépendante de celle de ses membres. La société n'est toujours qu'une multiplicité d'individus sur lesquels retombent sans aucun intermédiaire les effets des actes juridiques ». En d'autres termes, pour employer une expression moderne, mais qui précise mieux cette pensée, la société n'a pas, à Rome, la personnalité morale (4). Par conséquent, les droits et les obligations qui en naissent ne peuvent se fixer que sur la personne des associés. C'est à eux, non à la société, que revient la propriété du patrimoine social. Ils en sont copropriétaires et, pour ce patrimoine, ils se trouvent en indivision (5). Cela ne signifie nullement que la société se confonde avec l'indivision. Elle s'en distingue par son origine conventionnelle, par l'existence d'un pacte social fixant le mode de gestion des biens communs, par sa sanction propre qu'est l'action *pro socio*. La société régit les rapports des associés les uns envers les autres; la copropriété fixe leurs droits sur les biens communs (6). Ainsi s'explique la nécessité de l'action *communi dividundo* à côté de l'action *pro socio*.

(1) Gaius (7 *ad ed. prov.*), D. 10, 3, *C. D.*, 2, *pr.* (*supra*, p. 52, n. 2).
(2) *Supra*, p. 52.
(3) *Contrat de société*, p. 222.
(4) Girard, *Manuel*, p. 613-614.
(5) Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 124, n. 1.
(6) *Eod.*, p. 144-145, 148.

Celle-ci règle les rapports sociaux contractuels (1). Mais pour transformer « les parts de chacun dans la masse commune en des parts réelles » (2) il est nécessaire de recourir à l'action en partage, à l'action *communi dividundo*.

Ulpien précise de même le domaine respectif des deux actions en déclarant que l'exercice de l'action *communi dividundo* n'empêche pas celui de l'action *pro socio*, celle-ci n'ayant pour objet que le règlement des comptes, non le partage des biens sociaux (3). Ce n'est pas la confusion de l'indivision et de la société qui légitime ici l'emploi de l'action *communi dividundo*, mais l'organisation insuffisante de la société en institution autonome. La dissociation, qui l'a différenciée de l'indivision, n'a pas été poussée jusqu'à ses extrêmes limites. Sur un point, l'absence de personnalité

(1) Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 1 : *...pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem.* L'expression *magis... quam* a depuis longtemps gêné les Commentateurs. En effet, l'action *pro socio* n'a pas pour objet le partage (*infra*, n. 3). Avec Accurse, Cujas (*Comm. in Tit. III, L. X Dig.*, t. VII, col. 559 C) interprète le texte : *pro socio actio magis pertinet, id est mere personalis est*; de même Doneau (*De jure civili*, Lib. XIII, Tit. XVII; *Op. omn.*, t. III, col. 927). *Magis* ne se trouve pas dans le texte correspondant des Basiliques, 12, 2, 1 (Heimbach, t. I, p. 791).

(2) Del Chiaro, *op. cit.*, p. 147.

(3) Ulpien (28 *ad ed.*), D. 17, 2, *pro socio*, 43 : *Si actum sit communi dividundo, non tollitur pro socio actio, quoniam pro socio et nominum rationem habet et adjudicationem non admittit.* La suite du texte est interpolé (Ernst Levy, *Konkurrenz*, t. II, p. 142, n. 3 et les auteurs cités *ibid.*; Del Chiaro, *op. cit.*, p. 285, n. 1). Cf. déjà Doneau (*De jure civili*, Lib. XIII, Tit. XVII; *Op. omn.*, t. III, col. 926 sq.), qui signalait que ces deux actions différaient : *in rebus, in petitione, in judicii potestate atque exitu*, et qui à propos du deuxième point faisait observer que l'action *C. D.* tendait principalement au partage et l'action *pro socio* seulement aux règlements des comptes. Ihering (*Esprit du droit romain*, t. IV, p. 29) avait cru trouver là une conséquence de son principe de la simplicité primitive de la procédure, chaque action ne pouvant avoir qu'un objet. Enfin, M. Ernst Levy (*op. cit.*, t. II, p. 140-141) fait observer que le concours des deux actions est possible, en droit classique, parce qu'elles n'ont ni le même fondement (société, indivision), ni le même but (règlements de comptes, adjudication).

morale des sociétés la laissait confondue avec l'indivision, dont elle était sortie (1).

(1) Il faut distinguer, de cet emploi de l'action *C. D.*, son exercice, pour régler des rapports personnels après la dissolution de la société. Paul (32 *ad ed.*), D. 17, 2, *pro socio*, 65, 13 : ***Si post distractam societatem aliquid in rem communem impenderit socius, actione pro socio id non consequitur, quia non est verum pro socio*** [*communiterve*] ***id gestum esse. sed communi dividundo judicio hujus quoque rei ratio habebitur : nam etsi distracta esset societas, nihilo minus divisio rerum superest.*** On est ici en présence de l'indivision, qui suit la dissolution de la société (*infra*, p. 96 sq.). L'action *C. D.* y trouve son champ d'application normal, en permettant au *socius* de poursuivre le remboursement de dépense faite pour la chose commune. La dernière phrase *nam etsi...* est peut-être une adjonction maladroite : la justification qu'elle prétend donner, au lieu de se rapporter à l'hypothèse envisagée, le remboursement de frais, concerne le partage.

CHAPITRE II

PRINCIPALES SITUATIONS DONNANT NAISSANCE A L'INDIVISION

Après avoir précisé la nature de l'indivision, en la comparant à la société, nous pouvons envisager les diverses hypothèses où elle se rencontre. Ce sont les sources de l'indivision, faits matériels ou actes juridiques, que nous devons étudier dans ce chapitre.

Une réponse partielle à cette question est fournie par les textes d'Ulpien, étudiés plus haut (D. 17, 2, 31-33) (1). Ils signalent que l'indivision peut résulter de legs ou de donation d'une même chose à deux personnes, d'achat d'un seul objet opéré en commun, ou d'achat de parts indivises, de succession, d'affermage des revenus publics, de société conclue avec un mineur sans *auctoritas tutoris*. Mais ces hypothèses ne sont pas les seules que fournissent les textes. Les modes originaires d'acquérir la propriété (occupation, confusion, découverte d'un trésor, formation d'une île dans une rivière), le voisinage, la situation qui suit la dissolution d'une société sont également des cas où l'indivision peut se rencontrer.

On a voulu, à cet égard, distinguer plusieurs catégories d'indivision. Les interprètes ont parfois séparé *communio pro diviso* et *communio pro indiviso*, la première n'étant que la réunion d'objets matériellement distincts, mais présentant

(1) *Supra*, p. 65-69.

entre eux une certaine unité, tandis que la seconde correspond à l'indivision au sens strict du terme et désigne la situation de plusieurs titulaires d'un même droit sur une seule chose, ou sur une universalité juridique (1). Une maison dont chaque appartement est la propriété d'un occupant, des vignes ou des olivettes que leurs propriétaires ont enclos d'un même mur seront considérées comme une *communio pro diviso*, tandis que les copropriétaires d'un fonds de terre, non partagé matériellement, sont liés entre eux par une *communio pro indiviso*.

Cette classification, qui répond à deux situations de fait bien différentes, semble trouver un appui apparent dans les textes. Ulpien, recherchant qui doit être tenu pour responsable, lorsqu'un objet est jeté d'une maison, distingue selon que la maison est habitée indivisément par plusieurs, ou que les divers habitants en occupent chacun une partie distincte.

Mais les solutions divergentes, données pour ces deux cas, montrent bien qu'au premier seul il y a indivision. Tandis que dans ce cas l'action *de effusis et dejectis* est possible contre n'importe lequel des habitants, elle ne peut, dans la seconde hypothèse, être intentée que contre l'occupant de l'appartement, d'où l'objet a été jeté (2).

Dans un autre passage, commentant l'expression de *praedia communia*, figurant dans l'*oratio Severi*, relative à l'aliénation des biens de mineurs, Ulpien dit encore plus expressément : *Communia praedia accipere debemus, si pro indiviso communia sint.* Quant aux *praedia communia pro diviso*, ils ne sont pas en réalité des biens indivis, et l'exception apportée, pour le cas de partage, à la prohibition d'aliéner les biens

(1) Cette classification a été adoptée dans le titre même et dans le plan d'un article de M. Egon Weiss, *Communio pro diviso und pro indiviso in den Papyri* (*Archiv für Papyrusforsch.*, t. IV (1908), p. 330-365).

(2) Ulpien (23 *ad ed.*), D. 9, 3, *de his qui eff.*, 1, 10 et 5, *pr.* : *Si plures in eodem cenaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis haec actio dabitur... Si vero plures diviso inter se cenaculo habitent, actio in eum solum datur, qui inhabitabat eam partem, unde effusum est.*

dont le mineur est copropriétaire, ne saurait leur être étendue (1).

La notion de *communio pro diviso* n'est pas, en effet, une notion de portée juridique : elle désigne un groupement qui présente une apparente unité, qui peut même en revêtir une véritable au point de vue économique. Mais le juriste ne saurait y voir qu'une juxtaposition de propriétés distinctes (2). Cette unité économique pourra d'ailleurs être la source d'une indivision juridique véritable, portant sur les murs de la maison partagée par étages ou sur celui qui clôt un ensemble de terres cultivées. Il existera alors pour ces parties communes une *communio pro indiviso*.

Une autre classification présente un intérêt historique et juridique plus certain. C'est celle qui oppose l'indivision héréditaire, s'étendant à l'ensemble d'un patrimoine, aux autres formes d'indivision, restreinte à un ou quelques biens particuliers. Cette classification correspond au développement historique de l'indivision, qui fut d'abord le groupement naturel des héritiers au décès du *pater* et qui, plus tard, se rencontra dans des situations particulières bien différentes. Elle correspond également à la dualité juridique des actions sanctionnant l'indivision, dualité qui s'explique elle-même par le développement historique de l'institution.

Si cette classification fut parfaitement reconnue par les jurisconsultes classiques (3), il n'en faudrait pas cependant exagérer la rigueur. L'action *familiae erciscundae* porte sur l'ensemble des biens héréditaires et opère le partage de l'indivision successorale comme telle. Aussi ne saurait-elle être intentée plusieurs fois à propos d'une même succession. Si certains biens ont été omis lors de l'action, le partage ne

(1) (35 *ad ed.*), D. 27, 9, *de reb. eor.*, 5, 16.

(2) Segrè, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 4.

(3) Gaius (10 *ad ed.*), D. 17, 2, *pro socio*, 34 (*supra*, p. 53, n. 1). Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 7 : *Quod pro emptore vel pro donato puta cohères possidet, in familiae erciscundae judicium venire negat Pomponius.* Cf. (6 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 44, *pr.*

pourra en être ultérieurement poursuivi que par l'action *communi dividundo*, car ces biens ne sont plus que des biens indivis particuliers (1). De même, pourrait-on intenter cette dernière action, pour obtenir le partage de certains biens héréditaires, pris *ut singuli*, avant d'opérer celui de la masse successorale par l'action *familiae erciscundae* (2).

Ainsi, l'opposition entre les deux formes d'indivision n'est-elle pas, du point de vue juridique et procédural, absolue. Si l'action *familiae erciscundae* ne peut s'appliquer qu'à l'indivision héréditaire, il en va différemment de l'action *communi dividundo*, parfois donnée aux cohéritiers. De même, on ne saurait ramener cette opposition à celles des actes universels et des actes à titre particulier, puisque ce n'est que l'une des transmissions universelles (la succession testamentaire ou *ab intestat*) qui donnera lieu à l'action *familiae erciscundae*, pas plus qu'à celles des actes entre vifs et de ceux à cause de mort, puisque l'indivision résultant de legs et de fidéicommis (sauf de fidéicommis d'hérédité) n'est pas sanctionnée par cette action. Malgré ces réserves, il faut distinguer l'indivision héréditaire de toute autre forme d'indivision. Cette distinction correspond à deux situations de fait bien différentes : l'indivision dans le cadre des rapports familiaux et celle entre personnes étrangères les unes aux autres. Elle est le produit d'un développement historique, dont nous avons rappelé les grandes lignes. Elle est, le plus souvent,

(1) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 20, 4; 10, 3, *C. D.*, 4. 2; *Sent.* de Paul, I, 18, 1.

(2) Paul (6 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 44, *pr.* D'après M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 163, n. 1) l'exercice de l'action *C. D.* entre cohéritiers ne serait apparu qu'au cours de l'époque classique. Ofilius l'aurait nié (D. 10, 2, 16, 6). Peut-être reconnu par Sabinus (Lenel, *Paling.*, Gaius, nº 235 = D. 17, 2, 34, n. 1), il serait certain pour l'époque de Gaius (D. 17, 2, 34, *i. f.*). Mais le texte où est rapportée l'opinion d'Ofilius est d'interprétation douteuse, et il est vraisemblable que l'exclusion de l'action *C. D.* est le produit d'une interpolation [*et communi dividundo furtique actionem cessare*] (Biondo Biondi, *Jud. b. f.*, *Ann... di Palermo*, t. VII (1918), p. 109, n. 1 et p. 112; Krüger, *Dig.* Cf. une variante de cette interpolation, proposée par M. Biondo Biondi, *Ann... di Palermo*, t. X (1925), p. 119 sq.).

conforme à la dualité des actions sanctionnant l'indivision. Aussi grouperons-nous l'étude des principales causes d'indivision particulières dans une première section, réservant, pour la seconde section, l'étude plus complexe de l'indivision héréditaire.

SECTION I

Indivision limitée à certains biens.

§ 1. — *Indivision résultant d'un mode originaire d'acquérir la propriété.*

L'importance que les textes accordent à ces faits dépasse en général leur intérêt juridique et pratique. Aussi pourrons-nous être bref à leur égard. Ils ne présentent d'ailleurs pas de difficulté spéciale, en ce qui concerne l'indivision.

La première hypothèse à signaler est celle de l'occupation d'une même chose par plusieurs personnes. Si les conditions nécessaires pour l'acquisition de la propriété sont réunies, les occupants s'en trouveront copropriétaires. Cette solution, qui n'est pas indiquée par les textes, apparaît comme une conséquence logique des principes généraux.

La découverte d'un trésor fournit une hypothèse voisine de celle de l'occupation. Elle conduit à la copropriété, lorsque la chose est trouvée sur le fonds commun par les copropriétaires ensemble. Cette solution n'est que la transposition des règles que nous venons d'énoncer pour l'occupation. Plus intéressant est le cas du trésor, trouvé par hasard sur le sol d'autrui. La doctrine, en cette matière, semble avoir évolué. A l'origine, le trésor allait pour le tout à l'inventeur ou, selon certains jurisconsultes, au propriétaire du fonds (1). Mais, depuis Hadrien, il fut attribué pour moitié à l'inventeur et pour moitié au propriétaire (2). Si l'objet trouvé est

(1) Girard, *Manuel*, p. 341.

(2) I. J., II, 1, 39. Cette législation fut modifiée au cours de l'époque classique, mais on finit par y revenir (Cf. Accarias, *Droit romain*, I, p. 630, n. 2).

par nature indivisible, inventeur et propriétaire en seront copropriétaires (1).

La confusion et le mélange sont également susceptibles d'entraîner une indivision entre les propriétaires des choses confondues. Cela n'a lieu qu'au cas de réunion de deux meubles dont aucun ne peut passer pour chose principale et qui sont unis de façon indissoluble. Sinon, dans le premier cas la propriété serait acquise pour le tout au propriétaire de la chose principale et, dans le second, les deux propriétés resteraient distinctes (2).

C'est Gaius qui expose avec le plus de netteté les cas où la copropriété résulte du mélange. Il distingue quatre hypothèses : mélange volontaire ou mélange involontaire de corps de même nature (vin, argent) ou de nature différente (vin mélangé avec du miel, or fondu avec de l'argent). Dans tous les cas il y a copropriété (3). Ulpien, qui cite ici Pomponius, se rallie à ces solutions (4). Il envisage en outre une hypothèse que Gaius n'avait pas signalée : celle du mélange invo-

(1) Le propriétaire du fonds a en effet un droit réel sur la chose et non pas, comme on l'a soutenu, une simple créance contre l'inventeur (Ihering, *Esprit du droit romain*, t. III, p. 65).

(2) Ulpien (16 *ad ed.*), D. 6, 1, *de rei vindic.*, 5, 1, citant Pomponius : *Sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci possit, nec communicabitur nec communi dividundo agetur, quia separari potest : agetur autem in rem actio. sed si deduci, inquit, non possit, ut puta si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum : nec quaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est, quia utraque materia etsi confusa manet tamen.* Cf. Pampaloni, *Appunti sulla confusione e sulla commistione*, *B. Ist. D. R.*, t. XXXVII (1929), p. 33-52.

(3) Gaius (2 *rer. cot.*), D. 41, 1, *de adquir. rer. dom.*, 7, 8 et 9 : *Voluntas duorum dominorum miscentium materias commune totum corpus efficit, sive ejusdem generis sint materiae, veluti vina miscuerunt vel argentum conflaverunt, sive diversae, veluti si alius vinum contulerit alius mel, vel alius aurum alius argentum : quamvis et mulsi et electri novi corporis sit species. Sed et si sine voluntate dominorum casu confusae sint duorum materiae vel ejusdem generis vel diversae, idem juris est.* Cf. Ulpien citant Pomponius, D. 6, 1, *de rei vindic.*, 3, 2.

(4) Toutefois, reprenant une opinion de Pomponius, il considère qu'au cas de réunion de vin et de miel, il n'y a pas simple mélange, mais spécification, et que, par suite, la propriété doit aller pour le tout à celui qui a fait le travail.

lontaire de deux choses qui, sans perdre leur individualité de façon absolue, ne peuvent plus être distinguées en pratique (par exemple, des grains de blé). Pomponius n'admettait pas qu'il y eut ici mélange véritable et accordait, non pas l'action *communi dividundo*, mais une *actio in rem*. Cette opinion est approuvée par Ulpien (1).

La dernière hypothèse à envisager est celle de l'émergence d'une île dans une rivière publique. Deux cas peuvent se présenter : ou bien l'île s'étendra le long de plusieurs propriétés successives, ou bien elle se trouve au milieu du fleuve et par conséquent à égale distance des deux propriétés riveraines. Au premier cas, elle ne sera pas la propriété indivise des riverains. Elle sera partagée entre eux, selon des perpendiculaires abaissées de la rive et prolongeant la limite des terrains (2). Au contraire, si l'île émerge au milieu du fleuve, elle sera indivise entre les deux riverains qui se font face. Toutefois, si elle était plus voisine de l'une des deux berges, elle appartiendrait pour le tout au propriétaire de celle-ci (3).

(1) (16 *ad ed.*), D. 6, 1, *de rei vindic.*, 5, *pr.* : *Idem Pomponius scribit : si frumentum duorum non voluntate eorum confusum sit, competit singulis in rem actio in id, in quantum paret in illo acervo suum cujusque esse : quod si voluntate eorum commixta sunt, tunc communicata videbuntur et erit communi dividundo actio, 1. Idem scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari : sed puto verius, ut et ipse significat, ejus potius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet.* Cf. Cuq, *Inst. jur.*, p. 268. Des réserves sur la pureté du § 1 sont faites par Pernice, *Labeo*, II, 1, p. 321, n. 3, *i. f.*

(2) Paul (16 *ad Sab.*), D. 41, 1, *de adquir. rer. dom.*, 29 : *Inter eos, qui secundum unam ripam praedia habent, insula in flumine nata non pro indiviso communis fit, sed regionibus quoque divisis : quantum enim ante cujusque eorum ripam est, tantum, veluti linea in directum per insulam transducta, quisque eorum in ea habebit certis regionibus*

Lorsqu'une île, primitivement riveraine d'une seule propriété, et donc appartenant pour le tout au propriétaire du terrain, bénéficie d'alluvions qui la prolongent en face du terrain d'un autre propriétaire, elle reste pour le tout, en vertu des règles de l'alluvion, au propriétaire primitif. Il en est de même au cas où l'alluvion se fait latéralement et rapproche ainsi l'île de la propriété riveraine d'en face. Proculus, D., *h. t.*, 56.

(3) Gaius (2 *rer. cot.*), D., *h. t.*, 7, 3 : ...(*Insula*) *in flumine nata* (*quod frequenter accidit*), *si quidem mediam partem fluminis tenet, communis*

Cette différence de solution, selon qu'il s'agit de propriétés se succédant le long du fleuve ou se faisant face, a quelque chose de surprenant. Le partage, selon une ligne médiane parallèle aux berges, pouvait aussi bien se concevoir que celui opéré perpendiculairement au cours du fleuve. Il aurait eu l'avantage d'éviter la copropriété, situation toujours délicate à régler. Aussi peut-on penser que, sur ce point, il n'y eut que des solutions d'espèce, parfois contradictoires, données par les jurisconsultes lors de consultations. Aucun principe directeur ne fut ici dégagé.

§ 2. — *Le voisinage.*

La copropriété de l'île émergeant d'une rivière est déjà un cas où les rapports de voisinage — encore qu'un cours d'eau public sépare ici les deux fonds (1) — entraînent une indivision. Nombreuses sont les hypothèses de même nature, toutes les questions de « mitoyenneté » étant en réalité des questions d'indivision. Nous ne pouvons faire ici une étude détaillée de la mitoyenneté en droit romain, qui nous écarterait de l'objet propre de nos recherches. Mais nous ne voulons pas passer sous silence cette source importante d'indivision, qui attira souvent l'attention des jurisconsultes (2).

L'indivision résultant du voisinage suppose un développe-

est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit : quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Cf. Ulpien (68 *ad ed.*), D. 43, 12, *de fluminibus*, 1, 6.

(1) Le rapprochement n'est donc pas pleinement exact. Cf. Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 1, *fin. reg.*, 4, 11 et (15 *ad Sab.*), 5 : *Sive flumen sive via publica intervenit, confinium non intellegitur... quia magis in confinio meo via publica vel flumen sit quam ager vicini.*

(2) Brugi, *L'ambitus e il paries communis nella storia et nella sistema del diritto romano* (*Riv. it. Sc. giur.*, t. IV (1887), p. 161-212 et 363-407); Karlowa, *R. R. G.*, II, 2, p. 518-522; Cuq, *Une statistique des locaux affectés à l'habitation dans la Rome impériale* (Extr. des *Mém. Ac. inscr. et belles-lettres*, t. XL); Calza, *La statistica delle abitazioni ed il calcolo della popolazione in Roma imperiale* (*Rend. d. R. Ac. dei Lincei*, XXVI, Ser. V, fasc. 2, 1920).

ment déjà important de la vie sociale. Elle est le propre d'une civilisation urbaine intense, car ce n'est qu'avec l'augmentation de la population dans un espace de terrain limité qu'elle apparaît comme une nécessité. Ce n'est donc ni dans la Rome primitive, ni en dehors des agglomérations urbaines que la mitoyenneté a pu se développer.

Au cours de l'époque classique, le régime primitif, où le voisinage n'entraîne pas l'indivision, survécut à la campagne. L'abondance des terrains permettait de s'en accommoder. Son maintien nous est prouvé par l'existence de l'action *finium regundorum* qui, sous la forme de la *controversia de fine*, tendait à la délimitation des *fines* (1). Selon le témoignage de Paul (2) cette action ne servait que pour les fonds rustiques (ou plus exactement pour les fonds non bâtis, car elle pouvait servir au bornage des jardins de ville et n'était pas utilisée pour fixer les limites des constructions à la campagne), les fonds urbains étant en général régis par les règles de l'indivision.

En ville, en effet, l'espace libre, de quelques pieds de largeur (3), qui séparait les propriétés (*ambitus*) était devenu exceptionnel. Les inscriptions, cependant, en signalent encore parfois l'existence (4). Peut-être faut-il également en rappro-

(1) Girard, *Manuel*, p. 671.

(2) (23 *ad ed.*), D. 10, 1, *fin. reg.*, 4, 10 : *Hoc judicium locum habet in confinio praediorum rusticorum : nam in confinio praediorum urbanorum displicuit, neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur et ea communibus parietibus plerumque disterminantur. et ideo et si in agris aedificia juncta sint, locus huic actioni non erit : et in urbe hortorum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit.* Ulpien, *h. t.*, 2, *pr.*, considère que l'action est possible même pour des fonds ruraux bâtis : *Haec actio pertinet ad praedia rustica, quamvis aedificia interveniant.* Mais cette finale serait, d'après M. Arangio-Ruiz (*B. Ist. D. R.*, t. XXXII (1922), p. 22), une interpolation, introduite pour étendre le champ d'application de l'action *finium regundorum*.

(3) Cinq selon Brugi (*loc. cit.*, p. 165-168); deux et demi selon Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 519; Festus (dans Paul Diacre, 8), v° *Ambitus*; Varron, *de L. l.*, 5, 22.

(4) *Inter duos parietes ambitus privat. Flavi. Sabini* (cité par Brugi, *cod.*, p. 171).

cher les chemins publics ou privés, ménagés autour des grands « îlots » de maisons de l'époque impériale (1).

Que l'*ambitus* fut la propriété privée pour moitié de chacun des voisins, c'est ce qui semble résulter, tant des inscriptions, que du témoignage de Festus, parlant d'*ambitus privat(us)* ou de *circuitus privatus*. Cela résulte également de la possibilité de le supprimer par convention particulière, et de le remplacer par un mur mitoyen (2), ce qui serait difficile à admettre à l'égard d'un terrain public. Enfin, le passage de Gaius, rapportant la législation de Solon, inspiratrice de la disposition des XII Tables relative aux *fines* (3), semble impliquer que l'on devait construire à une certaine distance de la limite de sa propriété. L'intervalle séparant deux maisons était, pour moitié, la propriété de chacun des voisins (4). L'*ambitus* ne fournit donc pas un exemple d'indivision (5).

(1) Festus (dans Paul Diacre, 111), v° *Insulae* : *Insulae dictae proprie, quae non junguntur communibus parietibus cum vicinis, circuitu publico aut privato cinguntur.*

(2) Ulpien (31 *ad ed.*), D. 17, 2, *pro socio*, 52, 13 (*supra*, p. 72, n. 3).

(3) (4 *ad Leg. XII Tab.*), D. 10, 1, *fin. reg.*, 13.

(4) Brugi (*loc. cit.*, p. 169-171). *Contra*, Karlowa, *R. R. G.*, II, 2, p. 519-520, qui croit, tout en reconnaissant qu'aucun texte ne permet une solution certaine, que l'*ambitus* était indivis.

(5) Cependant l'existence du *confinium*, qui désignait, semble-t-il, à la campagne, ce qu'à la ville on appelait *ambitus*, pouvait donner lieu à une indivision. Tant qu'un arbre planté *in confinio* est sur pied, il appartient aux deux voisins, chacun ayant droit à une part proportionnelle à la fraction de l'arbre qui est sur son sol. Mais une fois abattu, il devient indivis entre eux. Paul (6 *ad Sab.*), D. 10, 3, *C. D.*, 19, *pr.* : *Arbor quae in confinio nata est, item lapis qui per utrumque fundum extenditur quamdiu cohaeret fundo, e regione cujusque finium utriusque sunt nec in communi dividundo judicium veniunt : sed cum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet et veniet in communi dividundo judicium : nam quod erat finitis partibus, rursus confunditur. qua re duabus massis duorum dominorum conflatis tota massa communis est, etiamsi aliquid ex prima specie separatum maneat : ita arbor et lapis separatus a fundo confundit jus dominii.* Cf. pour des restitutions formelles, Beseler, Z. S. St., t. XLV (1925), p. 438.

La solution divergente de Paul (1 *Man.*, D. 17, 2, *pro socio*, 83) est le produit manifeste de l'interpolation de la fin du texte : *Sed naturali...* à la fin (Beseler, *Tijdschrift*, 1928, p. 320; Cornil, *Possession*, p. 101; Segré, *La compro-*

Mais peu à peu l'*ambitus* se fit plus rare en ville. Du régime de la contiguïté, on passa à celui de la mitoyenneté (1).

Un premier élément favorable à cette transformation fut le caractère facultatif des dispositions sur l'*ambitus*. On continua, à l'époque classique, à pouvoir le respecter et des allusions tardives prouvent que le souvenir de la loi des XII Tables n'était pas perdu sur ce point (2). D'autre part, les passages des jurisconsultes classiques, consacrés à l'établissement de la *paries communis*, nous la représentent comme librement créée par l'accord des voisins. Ils n'y voient ni une dérogation à des règles législatives, ni, à l'inverse, l'exécution de semblables

prietà, Corso, 1930-1931, p. 64-65). Au contraire, Gaius (2 *rer. cott.*, D. 41, 1, *de adquir. rer. dom.*, 7, 13, *i. f.*, et Marcien (l. 8, 1) confirment cette interprétation. Le début du premier texte en donne même la raison : c'est parce que l'arbre a des racines dans les deux fonds qu'il est commun. Au contraire, l'arbre dont toutes les racines sont dans le terrain du même propriétaire appartient pour le tout à ce dernier. Mais l'influence de la direction des racines n'est pas exclusive ni suffisante. Si l'arbre n'était pas *in confinio*, elle serait sans importance, l'arbre restant pour le tout au propriétaire du terrain d'où il s'élève : Pomponius (20 *ad Sab.*), D., 47, 7, *arbor. fur. caes.*, 6, 2 : . .*Si radicibus vicini arbor aletur, tamen ejus est, in cujus fundo origo ejus fuerit.* C'est donc le *confinium* qui est ici la cause véritable de l'indivision. — Cf. Cujas, *Comm. in Tit. III, com. div., Lib. X Digest. ad L. XIX* (t. VII, col. 571-583, spéc. 583 C).

(1) On fait parfois remonter ce changement à la reconstruction de Rome après son incendie par les Gaulois. Mais si la *paries communis* put se rencontrer dès cette époque, elle ne se généralisa que plus tard (Brugi, *op. cit.*, p. 204).

(2) Lorsque Marc-Aurèle et Verus obligent à respecter entre les *insulae* un *legitimum spatium*, ne font-ils pas allusion à la disposition des XII Tables (D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 14)? Que tel soit le sens de *legitimum*, on peut le supposer, lorsqu'on se souvient que la loi des XII Tables fut toujours la *lex* par excellence et que cette acception est celle adoptée par Javolenus à propos de la largeur des *viae* (D. 8, 3, *de serv. praed. rust.*, 13, 2, rapproché de la loi 8). En ce sens, Brugi (*op. cit.*, p. 198) et déjà Hotmann, *Observ.*, XIII, 4 ; M. Riccobono (*Riv. di dir. civ.*, III, 1911, p. 51, n. 2) croit que cette incidente est une innovation byzantine, en vue de restreindre le droit absolu de disposer à son gré de sa chose. Mais les restrictions au droit de propriété imposées à raison du voisinage remontent à une haute antiquité. Bonfante (*Istit.*, p. 306, n. 1 et *Corso*, II, 1, p. 269) doute de la pureté de l'incidente *intermisso legitimo spatio a vicina insula*.

prescriptions (1). Nous sommes ici en plein domaine de liberté contractuelle, et c'est dans un motif d'intérêt privé qu'il faut rechercher la cause de cette transformation.

C'est, selon toute vraisemblance, l'augmentation considérable de la population romaine à partir du IIe siècle avant notre ère qui détermina l'abandon de l'*ambitus*. Celui-ci faisait perdre cinq pieds de terrain entre chaque maison. Lorsque la population proprement romaine se développa, qu'elle s'accrût par l'immigration des Latins, puis des Italiens, plus tard des provinciaux attirés par le prestige de la capitale, le désir de s'y rendre illustres ou l'espoir, plus modeste, mais plus certain, d'y vivre au milieu des fêtes, des secours de l'État ou des riches (2); lorsqu'à l'inverse les travaux d'embellissement de la ville, l'édification de monuments publics, plus vastes et plus somptueux, l'étendue plus considérable des riches maisons de la noblesse eurent diminué l'espace habitable (3), on fut bien forcé de serrer

(1) Mela, cité par Ulpien (31 *ad ed.*) : D. 17, 2, *pro socio*, 52, 13 : *Item Mela scribit, si vicini semipedes inter se contulerunt, ut ibi craticium parietem inter se aedificarent...*; également, D. 8, 4, *comm. praed.*, 6, 1 (partage d'une maison par un mur mitoyen, pour avoir deux maisons séparées); 10, 3, *C. D.*, 22; 39, 2, *de dam. inf.*, 43, 1; *Sent.* de Paul, V, 10, 2, où la *paries communis* apparaît comme établie conventionnellement; Paul, 33, 3, *de serv. leg.*, 4, où elle résulte d'un legs.

(2) Cf. Homo, *Les inst. polit. romaines*, p. 121. Reprenant et critiquant les estimations de Beloch, M. W. J. Oates (*The population of Rome, Classical philology*, t. XXIX (1934), p. 101-116) évalue à 1.250.000 âmes la population de Rome à l'époque d'Auguste. Elle se serait accrue sous les premiers Empereurs, mais aurait un peu fléchi sous les Sévères. Cf. des évaluations bien inférieures (environ 300.000) dans : Lot, *La fin du monde antique*, p. 80. L'écart entre les deux estimations, basées sur des éléments différents : la consommation de blé et la superficie de la Rome d'Aurélien, ne pourrait-il pas se réduire à une « moyenne »? D'après M. T. Frank (*Economic history*, p. 213 et 430, n. 31), Rome comptait environ un million d'habitants, dont 90 0/0 n'en étaient pas originaires.

(3) Pline, *Hist. nat.*, 19, 4, 50 : *Jam quidem hortorum nomine in ipsa urbe delicias agros villasque possident. Primus hoc instituit Athenis Epicurus otii magister; usque ad eum moris non fuerat in oppidis habitari rura.* Que l'on songe aux immenses jardins qui couvraient le Pincio (jardins des Acilii, de Lucullus, des Pincii, de Salluste) et à ceux du centre même de Rome (jardins d'Agrippa, de Lamia, de Mécène, de Pallas, d'Epaphrodite,

les maisons plus près les unes des autres et d'utiliser tout espace vacant. Quand bien même il n'y aurait pas eu là une nécessité technique absolue, la hausse des terrains, qui dut suivre leur raréfaction, aurait conduit les propriétaires à ne pas les laisser improductifs (1). Enfin, la *paries communis* avait cet autre avantage, d'ordre pécuniaire, d'être édifiée à frais communs (2), et par là de diminuer le prix de construction des maisons.

Mais outre la possibilité juridique et la nécessité économique, des conditions techniques étaient en plus nécessaires pour rendre utilisable la *paries communis*. L'*ambitus* permettait en effet à l'eau de pluie de s'écouler hors de la maison. Il se conciliait avec l'inclinaison du toit vers l'extérieur. La réunion de deux maisons par un mur mitoyen rendait nécessaire l'écoulement des eaux vers l'intérieur, dans l'*atrium*, et pour cela il fallait renverser l'inclinaison du toit. Cela fut possible avec l'adoption du toit *tuscanicum*, qui, en faisant s'écouler l'eau de pluie dans l'*impluvium*, rendit inutile l'*ambitus* (3). Cette innovation se fit vers le IV^e^ siècle de Rome et le toit toscan est très généralement adopté au siècle suivant. Par ailleurs, le mur mitoyen, supportant double charge, devait être d'une plus grande solidité (4). Ce ne fut qu'avec

de Torquatus, confisqués par Néron, etc...). Vitruve, *De arch.*, II, 8, signale l'absence de place. Un document de l'époque de Constantin signalera pour Rome 1.790 palais (Cuq, *Une statistique des locaux affectés à l'habitation dans la Rome impériale, Mém. de l'Ac. des inscr. et belles-lettres*, t. XL, 1915).

(1) Brugi, *op. cit.*, p. 192-197.

(2) *Sent.* de Paul, V, 10, 2 : *De communi pariete utilitatis causa hoc coepit observari, ut aedificet quidem cujus aedificare interest, cogatur vero socius portionis suae impensas agnoscere.*

Ces constructions en commun, pour raison d'économie, furent une cause importante d'indivision. Nous en avons la preuve ici pour la *paries communis*. Denys d'Halycarnasse (*Ant. Rom.*, X, 32) signale de même les constructions de maisons en commun par les plébéiens, après qu'on leur eut donné des terres sur l'Aventin (456 av. J.-C., d'après la chronologie traditionnelle; Tite-Live, III, 31). Nous rencontrerons plus loin l'usage d'édifier des tombeaux en commun.

(3) Nissen, *Pompejan. Studien*, 1877, p. 568; Brugi, *op. cit.*, p. 206.

(4) L'exigence des Romains à cet égard était assez modeste si l'on croit

l'apparition de la brique cuite que cette condition se trouva remplie, car il suffisait d'une inondation pour que la brique crue se désagrégeât (1). Même en tenant compte de la résistance des matériaux, il était nécessaire d'imposer une certaine épaisseur aux murs mitoyens. Vitruve (2) signale, en effet, que les *leges publicae* (3) fixèrent, comme épaisseur maximum, un pied et demi (0 m., 45).

Cette fixation d'un maximum, et l'usage de murs d'un pied d'épaisseur qui nous est attesté par les fouilles de Pompéi autant que par le texte de Mela (4), témoignent du souci de ne perdre inutilement aucun espace libre. Cela confirme l'hypothèse selon laquelle le mur mitoyen devait, avant tout, assurer un gain de terrain (5).

A l'aide de ces données, on peut fixer, approximativement, l'époque où la *paries communis* vint se substituer dans la pratique des architectes romains à l'*ambitus* primitif. C'est au

Vitruve, *De arch.*, II, 8 : *Cum arbitria communium parietum summuntur non aestimant eos quanti facti fuerint... sententiamque pronuntiant eos non posse plus quam annos LXXX durare.*

(1) Tacite, *Histoires*, 1, 86.

(2) Vitruve, *De arch.*, II, 8 : *Leges publicae non patiuntur majores crassitudines quam sesquipedales costitui loco communi.* Cette indication est confirmée par Pline, *Hist. nat.*, XXXV, 14, 173 : *Romae non fiunt talia aedificia, quia sesquipedalis paries non plus quam unam contignationem tolerat. Cautumque est ne communis crassior fiat.* A Pompéi, l'épaisseur des murs mitoyens varie entre 1 1/2 et 1 pied (Brugi, *art. cité*, p. 364). Méla (D. 17, 2, 52, 13) parlait également d'un mur mitoyen d'un pied d'épaisseur. Cette dimension correspond à celle des briques *sesquipedales* de 0,45 × 0,45, fréquentes à Rome et en Italie (Dressel, *C. I. L.*, t. XV, p. 4).

(3) Sans doute des dispositions édiliciennes, la solidité des édifices intéressant la sécurité de la voie publique et faisant par là partie de la *cura urbium* (Brugi, *op. cit.*, p. 367; Humbert, v° *Aediles, Dict. de Daremberg et Saglio*, p. 98).

(4) *Supra*, p. 72, n. 3.

(5) Aussi lorsque le mur mitoyen n'avait qu'un pied d'épaisseur, on ne pouvait librement le réédifier avec un pied et demi d'épaisseur en invoquant les *leges publicae.* On se serait exposé à devoir indemniser le voisin de la diminution de place correspondant à l'élargissement du mur, ainsi que le prévoit Ulpien (42 *ad Sab.*), D. 39, 2, *de damno infecto*, 37, *i. f.* : *...si forte ...non tam commode habitare possunt, imputari id aedificatori potest* (Brugi, *op. cit.*, p. 365).

dernier siècle de la République que l'extension de la puissance romaine attira à Rome la foule des curieux ou des ambitieux. C'est alors que le développement de la richesse permit de commencer les fastueuses constructions, qui prirent une place importante de l'espace habitable. C'était un peu plus tôt que le toit *toscan* avait fait son apparition, mais c'est seulement vers cette époque que la brique cuite commença à être employée (1). Ce sont enfin les jurisconsultes des derniers siècles de la République : P. Mucius Scaevola (2), Cicéron (3), Alfenus Varus (4), qui, les premiers, s'occupent de notre institution. C'est donc à cette époque que commença la substitution de la *paries communis* à l'*ambitus* et peu à peu, sous l'Empire, la première fit presque totalement disparaître le second. Au III^e^ siècle, la transformation était, sans doute, depuis déjà longtemps achevée (5).

Une difficulté cependant subsiste. D'après le témoignage constant des jurisconsultes de l'Empire, la *paries communis* fut toujours employée dans la construction des édifices (6).

(1) « La brique cuite ne fit guère son apparition qu'à l'époque de Sylla; elle entra lentement dans l'usage; à l'époque impériale on n'en fabriquait plus d'autre » (Cagnat et Chapot, *Manuel d'archéologie romaine*, t. I, p. 13).

(2) Cicéron, *Top.*, IV, 24 : *Quoniam P. Mucius Scaevola id solum esse ambitus aedium dixerit quod parietis communis tegendi causa tectum projiceretur ex quo in tectum ejus aedes qui protexisset, aqua defluret id tibi jus videri.* Voir sur les difficultés d'interprétation de ce texte, Brugi (*loc. cit.*, p. 180). P. Mucius fut consul en 621-133 (Krüger, *Geschichte der Quellen*, p. 62).

(3) *Supra*, n. 2 et *Top.*, IV, 22 : *Omnibus est jus parietem directum ad parietem communem adjungere vel solidum vel fornicatum. At si in pariete communi demoliendo damni infecti promiserit, non debetit praestare quod fornix vitii fecerit.*

(4) (2 *Dig.*), D. 39, 2, *de dam. inf.*, 43, 1 : *Cum parietem communem aedificare quis cum vicino vellet, priusquam veterem demoliret, damni infecti vicino repromisit.* Alfenus fut consul en 715-39 (Krüger, *Geschichte der Quellen*, p. 69).

(5) Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 1, *fin. reg.*, 4, 10 (*supra*, p. 86, n. 2).

(6) Capiton, D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 13, 1; Méla, D. 17, 2, *pro socio*, 52, 13; Sabinus, D. 39, 2, *de damno infecto*, 40, § 1 et l. 37; 8, 2, 19, § 2 et 25, § 1; Proculus, D. 8, 2, 13, *pr.*; 19, *pr.*; 9, 2, *ad leg. Aquil.*, 27, 10; Neratius Priscus, D. 8, 2, 19, *pr.*; Javolenus, D. 33, 3, *de serv. leg.*,

Ulpien signale même la pratique, courante d'après lui, de faire deux maisons d'une seule, en édifiant un mur au milieu (1). Deux faits, au contraire, auraient dû en entraîner la disparition : la pratique de construire de grands immeubles de rapport et l'incendie de Rome sous Néron.

La crise des terrains, qui fit adopter le mur mitoyen, amena, à la fin de la République et sous l'Empire, la construction d'immenses immeubles, où pouvaient trouver place de nombreux locataires (2). Ces immeubles occupaient tout l'espace circonscrit par quatre rues et se dressaient comme des îlots, des *insulae*, au milieu d'un quartier. Parfois des impasses, sortes de ruelles, y pénétraient pour leur apporter, outre une voie d'accès, un peu d'air et de lumière (3). Entre les *insulae* et les autres constructions, Marc-Aurèle et Verus imposèrent le respect d'un certain espace : *legitimum spatium* (4). Faisaient-ils par là allusion à l'*ambitus* des XII Tables ou à des dispositions postérieures? Était-ce un motif d'hygiène ou une précaution contre les incendies qui les guidaient? Autant de points discutés et difficiles à résoudre.

Certains interprètes (5) échappent à cette difficulté en décla-

4; Julien, D. 8, 2, 37; Pomponius, D. 10, 3, C. D. 22; 39, 2, 39, *pr.* et l. 41; 8, 5, *si serv. vindic.*, 14, 1; 8, 2, 25, 1; Gaius, D. 8, 2, 8; Papinien, D. 8, 2, 36; Paul, *supra*, p. 86, n. 2; *Sent.*, V, 10, 2; D. 39, 2, 36; Ulpien, D. 39, 2, 35 et 37, 40, § 1; 9, 2, 27, 10; 17, 2, 52, 13; 10, 3, 12. On voit d'après cette énumération, qui ne cherche pas à être complète, que les jurisconsultes classiques n'ont pas fait une théorie d'ensemble du voisinage. Ils ne l'étudient même que rarement à propos de l'indivision, préférant en joindre l'étude à celle des servitudes et du *damnum infectum*.

(1) (28 *ad Sab.*), D. 8, 4, 6, 1 : *...Si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas diviserit, ut plerique faciunt...*

(2) Par ex., Cicéron, *ad. Qu. fr.*, II, 3, 7; *ep. fam.*, XIII, 2.

(3) Ces ruelles (*angiportus*) pouvaient être la copropriété des riverains : Térence, *Adelph.*, IV, 2, 39. C'est le lieu de signaler ici cet autre cas d'indivision résultant du voisinage (Brugi, *op. cit.*, p. 201).

(4) Papirius Justus (1 *de Const.*), D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 14 : *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt in aera, quae nulli servitutem debet, posse dominum vel alium voluntate ejus aedificare intermisso legitimo spatio a vicina insula* (V. sur ce texte, *supra*, p. 88, n. 2).

(5) *Supra*, p. 88, n. 2.

rant que cette prescription est le fait des Byzantins. Sans aller aussi loin, on peut penser que son application se limitait aux *insulae*, et que pour les maisons particulières, le mur mitoyen restait possible.

Mais une condamnation plus générale, qui aurait dû faire disparaître toute *paries communis*, avait déjà été portée par Néron, lors de l'incendie de la ville. Parmi les mesures destinées à parer au retour de pareil fléau figurait la prohibition d'utiliser le mur mitoyen dans la construction des bâtiments (1). Comment, dans ces conditions, les jurisconsultes, et spécialement Sabinus (2), contemporain de cette mesure, ont-ils pu continuer à tenir la *paries communis* pour une pratique fréquente? S'il est vraisemblable que les textes de Sabinus sont antérieurs à l'incendie de Rome, les commentaires que l'on en fit par la suite dans les *Libri ad Sabinum*, et les fréquentes mentions du mur mitoyen qui se trouvent dans des ouvrages indépendants de la tradition sabinienne prouvent que celui-ci continua à être employé. Il est donc vraisemblable que la disposition de Néron ne s'appliqua qu'à la reconstruction des quartiers détruits (3). Ailleurs, les murs mitoyens existants subsistèrent. D'autre part, la *paries communis* répondait à une nécessité sociale; elle était voulue par les propriétaires, désireux de limiter les frais de construction, et s'imposait à raison du manque de terrain à bâtir. Pendant tout le Haut-Empire la population de Rome s'accrut, tandis que le développement, toujours plus intense, des monuments publics et des palais privés (4), restreignait l'es-

(1) Tacite, *Ann.*, XV, 43 : *Nec communione parietum, sed propriis quaeque muris ambirentur.*

(2) De nombreux passages de jurisconsultes postérieurs, relatifs à la *paries communis*, sont extraits des *Libri ad Sabinum* (Cf. en particulier les textes de Pomponius cités *supra*, p. 92, n. 6).

(3) Le chapitre XLIII du livre XV des *Annales* ne concerne que la reconstruction des quartiers incendiés. Or, le chapitre XL indique que seules trois régions furent complètement détruites (le Cirque, le Palatin et le quartier de Subure) et que quatre ne furent pas touchées.

(4) Nous avons indiqué plus haut les fastueux jardins de l'Empire (*supra*,

pace habitable. Si l'on dut recourir aux *insulae*, où la place était occupée aussi bien en hauteur qu'en largeur, on ne négligea sans doute pas le gain de terrain résultant de la substitution de la *paries communis* à l'*ambitus*. Contre pareille nécessité ne pouvait prévaloir une mesure de circonstance. La prohibition impériale apparaît comme une mesure sans lendemain, qui n'arrêta nullement le développement de la mitoyenneté des immeubles urbains (1).

§ 3. — *La société comme source d'indivision.*

Nous avons indiqué plus haut les rapports des deux institutions. C'est ici le lieu de signaler les hypothèses où la société se trouve « dégradée » au point de n'être qu'une simple indivision. Il en est ainsi lorsqu'elle n'a pu naître, ou lorsque après sa dissolution il reste à la liquider. Enfin, certains auteurs ont cru trouver dans les groupements de publicains une forme particulière d'indivision.

La société, à la différence de l'indivision, n'est pas un simple état de fait; elle est une institution juridique et comme telle n'arrive à existence que par la réunion des conditions mises par le droit à sa validité. Si celles-ci font défaut, elle ne peut se former. Mais, en fait, il a pu y avoir des apports sociaux, des opérations communes, et le droit ne peut rester indifférent à cette situation. Impuissant à la régler selon les principes de la société, il l'abandonne au régime des situations de fait, à l'indivision (2).

p. 89, n. 3). Il suffit de rappeler ici à titre d'exemple les *fora* impériaux, les grands travaux d'Auguste, le Panthéon d'Agrippa, puis celui d'Hadrien, les demeures impériales du Palatin, la *Domus aurea* de Néron qui englobait la Velia, le Sud de l'Esquilin et le Nord du Caelius, le Colisée, les Thermes de Titus, ceux de Caracalla, les temples multiples édifiés par les empereurs, etc...

(1) Les inscriptions font fréquemment mention de cette forme d'indivision : par ex. C. I. L., IX, 4225, *paries lateric. communis*; X, 3158, *iter et scala commune*.

(2) Girard, *Manuel*, p. 613.

Il suffit, pour illustrer cette affirmation, de rappeler le passage d'Ulpien, déjà cité (1), où le jurisconsulte déclare que si un mineur entre dans une société sans *auctoritas tutoris*, il ne sera pas tenu comme associé, mais simplement comme ayant participé à une gestion en commun. Le défaut de capacité du mineur a empêché la société d'être conclue à son égard (2).

Il est plus délicat de préciser la situation qui résulte de la dissolution de la société. La question présente de l'importance surtout lorsque celle-ci est causée par le décès d'un associé. Il peut survenir à l'improviste et dissoudre brusquement une société en pleine activité, engagée dans de nombreuses affaires.

L'imprécision des textes a laissé place à des interprétations souvent fort opposées. Pernice (3) croyait à la continuation fictive de la société. La même solution lui semblait devoir être donnée au cas de perte de l'objet de la société. Plus récemment on a reconnu que la liquidation était soumise au régime de l'indivision (4).

Le fait d'invoquer les mêmes textes à l'appui de doctrines adverses prouve leur imprécision et leur malléabilité. Ce ne sera qu'en séparant plusieurs ordres de problèmes que nous pourrons tenter d'éclaircir cette question.

Il convient, tout d'abord, de rappeler le principe selon

(1) D. 17, 2, 33 (*supra*, p. 65, n. 3). M. Beseler, Z. S. *St.*, t. XLV (1925), p. 465, a déclaré interpolé [*et ideo*]... [*attamen... tenetur*] (De même, Pringsheim, *Law quarterly Review*, 1933, p. 385). Mais cela laisse intacte la solution de fond, qui est d'ailleurs une simple conséquence des principes généraux.

(2) Une autre preuve de ce caractère de situation de fait, que revêt l'indivision et qui la rend accessible aux mineurs, est donnée par Paul (7 *ad Plautium*), D. 44, 7, *de obl. et act.*, 46 : le mineur peut être poursuivi par l'action *C. D.*, pour rembourser des dépenses ou réparer un dommage résultant de l'indivision, parce que le recours naît *ex re* : *Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate* (Cf. Berger, *Teilungsklagen*, p. 127-128).

(3) Z. S. *St.*, t. III (1882), p. 98-99.

(4) Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 266, 273-274.

lequel la société, dissoute par le décès d'un de ses membres, ne peut continuer entre les survivants, ni avec l'héritier du *socius* défunt (1). C'est là une conséquence du caractère strictement personnel, qui est une des particularités de la société romaine. Cette règle s'applique à toutes les sociétés (2), et même en principe aux sociétés de publicains qui ont affermé des revenus publics (3). Toutefois, pour ces dernières, une disposition spéciale permet à l'héritier d'un publicain de lui succéder dans la société, s'il est *adscriptus* ou *adscitus* (4).

La nature de cet acte a fait l'objet de controverses. L'opinion autrefois dominante y voyait une admission, une cooptation par les sociétaires survivants. Mitteis en a proposé une autre explication, qui semble approuvée par les auteurs récents (5). L'*adscriptio* serait une mention faite lors de la conclusion du contrat de société, *inscrivant* l'héritier éventuel d'un associé comme devant prendre sa place dans la société. Cette interprétation peut se prévaloir de témoignages des scolies des Basiliques sur le passage correspondant au texte de Pomponius (XII, 1, 57). Une scolie anonyme parle de ἐξ ἀρχῆς πακτεύειν (6). Mais elle ajoute que cette mention ne

(1) D. 17, 2, l. 35; 52, 9 (Ulpien); 59, *pr.* (Pomponius); 65, §§ 9 et 11 (Paul).

(2) Une clause du contrat peut autoriser cependant la continuation de la société entre les *socii* survivants, mais pas avec l'*heres* du *socius* défunt (D., *h. t.*, 65, 9). Girard, *Manuel*, p. 616. Cette exclusion de l'*heres* est essentielle et tous les textes (*supra*, n. 1) la rappellent.

(3) Pomponius (12 *ad Sab.*), D. 17, 2, 59, *pr.* : *...in societate vectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicujus, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis ejus adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat :* [*quod ipsum ex causa aestimandum est*].

(4) D. 17, 2, 59, *pr.* (*supra*, n. 3) et Ulpien, *h. t.*, 63, 8 (*infra*, p. 99, n. 2). Le texte des Basiliques, correspondant au D. 17, 2, 59, *pr.* (XII, 1, 57), et les scolies qui le suivent (Heimbach, t. I, p. 762-763) confirment cette interprétation. Cf. également XII, 1, 61 (*eod.*, p. 769).

(5) Mitteis, *Römisches Privatrecht*, p. 409-410; Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 81 et surtout 262-263.

(6) Basiliques, XII, 1, 57, sc. ἐπὶ τοσοῦτον (Heimbach, t. I, p. 762); cf. également la scolie de Cyrille, qui déclare que le pacte, qui ne peut être adjoint aux sociétés ordinaires pour en assurer l'accès à l'héritier, est pos-

peut être faite que ὡς εὐλογοῦ αἰτίας ὑποκειμένης. Il résulterait de là que l'*adscriptio* n'était pas possible à la fantaisie des associés (οὐχ ὡς ἔτυχε), mais seulement s'il y avait quelque motif de l'opérer. Le laconisme du texte permet toutes les hypothèses à l'égard de ces motifs. Peut-être exigeait-on que la mention soit faite dans l'intérêt collectif des associés, et non simplement pour assurer à l'héritier de l'un d'eux une part sociale. Elle n'aurait été possible que s'il avait semblé utile, dès la formation de la société, d'éviter que la disparition d'un associé ne vint gêner l'entreprise commune. Semblable explication justifierait la restriction aux seules sociétés de publicains de la clause d'*adscriptio*, car c'est évidemment elles, qui, chargées de la gestion d'un service public, avaient le plus grand besoin d'une exploitation régulière. La *justa causa*, exigée par le scoliaste, devait ici, bien plus que dans les sociétés privées, se trouver fréquemment réalisée. C'est à l'examen de celle-ci que doit faire allusion Cyrille dans sa scolie sur le même texte : καί τότε κἄυσα κόγνιτα.

Nous aurions ainsi l'explication de l'interpolation finale de notre texte : *quod ipsum ex causa aestimandum est* (1). L'adjonction en aurait été faite, pour rappeler la nécessité d'examiner si quelque juste motif permettait, dans le cas particulier (*ex causa*), l'*adscriptio* de l'héritier éventuel.

Si, avec Mitteis, nous pensons que l'*adscriptio* était une clause du contrat de société, nous ne saurions nous rallier à l'interprétation, qu'il propose de ses effets (2). Selon le

sible pour les *societates vectigalium*, et une autre scolie de Cyrille (XII, 1, 61 : Heimbach, p. 770) qui, faisant allusion à l'absence d'*adscriptio*, dit καὶ μὴ γέγονεν αὐτοῦ μνήμη, ce qui semble évoquer une mention du contrat de société.

(1) Mitteis, *Röm. Privatrecht*, p. 410; Beseler, *Beiträge*, I, p. 66; II, p. 74; Krüger, *Dig.* La phrase finale, *quid enim...*, elle aussi interpolée, indique un autre fait qui devait être déterminant pour la concession de l'*adscriptio*, l'utilité plus ou moins grande que l'associé défunt présentait pour la société. Si celle-ci n'existait que par lui, ou que pour lui, il est bien évident qu'on n'avait aucune raison d'admettre son héritier à lui succéder.

(2) Mitteis, *Röm. Privatrecht*, p. 410-413.

savant romaniste, ceux-ci seraient des plus réduits. De droit commun, l'héritier devrait rester dans la société et continuerait à être tenu des obligations du fermage. Cette règle vaudrait, d'ailleurs, pour toutes les sociétés, même pour les sociétés privées, car l'héritier est toujours tenu de continuer les opérations sociales commencées. Le fermage est au rang de ces dernières, et c'est pourquoi l'héritier non *adscriptus* devrait rester dans la société. Le simple effet de l'*adscriptio* serait alors de faire de l'héritier un *socius* complet, capable de participer non seulement aux gains et pertes de la société, mais aussi à son administration et ayant pouvoir de traiter avec les tiers.

Semblable interprétation nous semble recéler une confusion. Sans doute, l'héritier sera-t-il toujours tenu de supporter les effets des actes entrepris du vivant de son auteur, mais, comme nous le verrons plus loin (1), c'est une conséquence de son titre d'héritier, qui n'implique nullement sa propre qualité d'associé. Le texte, qui établit cette obligation pour l'héritier non *adscriptus*, ne prouve nullement qu'il soit lui-même associé (2). Si, en l'absence de toute *adscriptio*, l'héritier n'est pas associé, celle-ci, lorsqu'elle interviendra, pourra produire plein effet, en le mettant au rang des *socii*. Telle nous semble la véritable portée de la mesure (3).

(1) *Infra*, p. 100.

(2) Ulpien (31 *ad ed.*), D. 17, 2, 63, 8 : *...et circa societates vectigalium ceterorumque idem observamus, ut heres socius non sit nisi fuerit adscitus, verumtamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat, simili modo et damnum adgnoscat quod contingit, sive adhuc vivo socio vectigalis sive postea :* [*quod non similiter in voluntaria societate observatur*]. Comme l'avait déjà relevé Mitteis (*op. cit.*, p. 411), *sive postea* désigne les actes *continués* après le décès de l'associé, et non pas, comme l'ont cru les Byzantins, ceux *commencés* après ce décès. Aussi la règle qui est ici énoncée n'est pas propre aux sociétés de publicains, et la phrase finale, qui dit le contraire, est une interpolation, attribuable à la fausse interprétation de *sive postea*.

(3) Cette interprétation peut se prévaloir d'une scolie de Constantin Nicaenus (la date tardive de ce témoignage : fin du XI^e^ siècle (Heimbach, t. VI, p. 201), en diminue de beaucoup l'autorité) sur les Basiliques, XII, 1, 61 (Heimbach, t. I, p. 770) : Τοῦτο δὲ οὐ μόνον ἐπὶ τῆς ἰδιωτικῆς κοινωνίας,

Laissant de côté le cas de continuation de la *societas vectigalium* avec l'héritier de l'associé défunt, nous envisagerons désormais le cas normal où la société se dissout par le décès d'un associé (1). Plusieurs questions se poseront alors. Tout d'abord l'héritier devra continuer les affaires sociales commencées par le défunt; puis il y aura lieu à un règlement de comptes entre lui et les autres associés; enfin la société sera liquidée entre les sociétaires survivants. Seule la distinction très nette de ces trois ordres de questions, qui n'ont entre elles rien de commun, permettra de donner une solution au problème qui nous occupe.

L'obligation pour l'héritier de continuer les affaires entreprises par le défunt est affirmée par les auteurs mêmes qui proclament l'impossibilité de poursuivre la société avec cet héritier (2). Il n'y a là nulle contradiction, car l'héritier continue ces opérations comme successeur de l'associé défunt, non comme associé. C'est une simple conséquence des principes de la transmission successorale et du caractère de bonne foi du contrat de société. Il ne serait pas admissible que l'héritier, appelé à recueillir la part sociale du défunt, ne soit pas tenu d'achever une opération entreprise par celui-ci, dont la brusque interruption pourrait causer préjudice aux autres sociétaires.

Une fois ces opérations terminées, l'héritier pourra recevoir la part sociale du défunt, et inversement devra acquitter les dettes de celui-ci envers la société. Ce sont, ici encore, les conséquences des règles de la transmission successorale. Dans

ἀλλά καί ἐπί τῆς προφάσει τῶν βεκτιγαλίων συστάσης παραφυλάττομεν, ὥστε τὸν τοῦ κοινωνοῦ κληρονόμον μή καλεῖν κοινωνόν, εἰ μή ἄρα ἰδικῶς ἐν τῇ συστασει τῆς κοινωνίας εἰς αὐτό περίσταται, qu'Heimbach traduit inexactement : ...*ut socii heredem socium appellamus.* Il faut lire *non appellamus.*

(1) D'après ce qui vient d'être dit cela se produira toujours, sauf si l'on a convenu que la société continuerait entre les survivants, ou bien, s'il s'agit de société de publicains, lorsque l'héritier a été *adscriptus.*

(2) Pomponius (17 *ad Sab.*), D. 17, 2, 40 : *Heres socii quamvis socius non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt per heredem explicari debent : in quibus dolus ejus admitti potest.*

ces règlements entre l'héritier et les sociétaires, ce sera l'action *pro socio* qui, tout naturellement, trouvera son application. Succédant aux droits et obligations du défunt, l'héritier succède également aux actions qui les font valoir (1). Ce sera en effet l'action *pro socio* qu'envisageront Neratius et Ariston au cas où l'héritier réclame sa part dans le prix de biens sociaux vendus par un associé (2). La même action est en jeu dans une question où prirent successivement parti Sabinus, Sextus Pomponius, Julien et Ulpien, à propos d'un legs dont bénéficiait indirectement le co-associé survivant et dont l'héritier revendiquait une part (3). D'autres textes signalent encore l'octroi de l'*actio pro socio in heredem*. Mais ne précisant pas l'hypothèse où cette action serait donnée, ils sont moins probants que ceux que nous venons de citer (4).

Ayant ainsi débarrassé notre étude de questions annexes, nous pouvons revenir à son objet propre : l'existence d'une indivision, dans la période de liquidation de la société. Cette liquidation, pour être étudiée en elle-même, doit être séparée des règlements avec l'héritier de l'associé défunt. Sans doute, en réalité, c'est bien là une opération de liquidation. Mais elle

(1) Aussi Ulpien (30 *ad Sab.*), D. 17, 2, 35, parle avec une grande précision de l'*actio socii*, l'action qui appartenait à l'associé défunt et qui passe à son héritier. Les Basiliques, XII, 1, 35 (Heimbach, t. I, p. 742), confirment cette interprétation ; bien que l'héritier ne soit pas un *socius*, c'est l'action *pro socio* qui sera intentée.

(2) Pomponius citant l'opinion de Neratius et d'Ariston (13 *ad Sab.*), D. 17, 2, 62. Le refus de l'*actio pro socio* tient à des motifs qui ne nous intéressent pas ici. Il suffit de noter que, si une action avait été accordée à l'héritier, c'eût été l'action *pro socio*.

(3) Ulpien (31 *ad ed.*), D. 17, 2, 63, 9. Ici encore les circonstances du legs empêchent l'héritier de rien obtenir par l'*actio pro socio*. Il faut préciser, afin d'éviter toute confusion, que c'est comme héritier du sociétaire défunt, copropriétaire de l'esclave légataire, et donc appelé à bénéficier lui-même du legs, et non comme colégataire, que l'héritier revendiquait une part du legs.

(4) D. 17, 2, 35 et 63, 8. Cf. Basiliques, XII, 1, 61 et les scolies sur ce texte, qui ne laissent aucun doute sur cette solution (Heimbach, t. I, p. 770). Il n'est pas de notre domaine d'exposer ici l'hypothèse de M. Lenel (*Edictum*, p. 298), suivie par M. Del Chiaro (*Contrat de société*, p. 276) et par Girard (*Manuel*, p. 617, n. 3), selon laquelle il y aurait une formule spéciale pour l'*actio pro socio* intentée par ou contre l'héritier.

fait intervenir les règles de la transmission successorale, et ce sont elles, nous venons de le voir, qui expliquent ici l'emploi de l'action *pro socio*. Au contraire, en envisageant le règlement de la société entre les anciens sociétaires, aucun principe étranger ne vient plus masquer la véritable nature de la liquidation. Il apparaît alors que celle-ci se fait selon les règles de l'indivision. Paul l'affirme à deux reprises, à propos des causes de dissolution de la société; et il appuie son opinion sur l'autorité de Labéon (1). Si l'affirmation selon laquelle les gains et pertes postérieurs à la dissolution de la société sont *communia* peut laisser place à quelque doute, il n'en va pas de même de la mention de l'action *communi dividundo* pour règler cette situation. Celle-ci nous est le témoignage certain de l'existence d'une indivision. Paul déclare, avec une clarté et une précision qui ne peuvent laisser place à aucun doute, qu'après la dissolution de la société il n'y a plus d'actes accomplis au titre de la société et que, par conséquent, ce sera l'action *communi dividundo* qui servira au règlement de la liquidation (2).

(1) Paul (32 *ad ed.*), D. 17, 2, 65, 2 : ...*Post alicujus mortem quidquid lucri detrimentive factum sit, commune esse Labeo ait;* § 13. *Si post distractam societatem aliquid in rem communem impenderit socius, actione pro socio id non consequitur, quia non est verum pro socio communiterve id gestum esse, sed communi dividundo judicio huius quoque rei ratio habebitur : nam etsi distracta esset societas, nihilo minus divisio rerum superest.* Pernice, *Z. S. St.*, t. III (1882), p. 98, était parti du premier de ces textes pour conclure à la survie fictive de la société pendant sa liquidation et à l'emploi de l'action *pro socio*. Il étayait sa doctrine sur les fr. 63, § 8 et 40, *h. t.* Mais nous avons vu que c'était là confondre deux cas distincts, et les explications données plus haut suffisent, semble-t-il, à condamner cette théorie; quant au § 13, M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 146) le considère comme concernant une indivision. Nous suivrions volontiers cet auteur dans sa critique du *communiterve*, qu'il croit être une glose ou une interpolation, car si l'on peut affirmer d'après l'ensemble du passage qu'il n'y a pas société, force est bien de reconnaître qu'il y a indivision, donc *communiter gestio* (Cf. l'opposition très nette faite par Ulpien entre ces deux notions, D. 17, 2, 32).

(2) Sans doute les règlements sociaux sont-ils, à la dissolution de la société, opérés par l'action *pro socio*. Ce ne sont que les opérations postérieures à sa dissolution et rendues nécessaires pour sa liquidation qui sont soumises

Il y a lieu de rapprocher des situations que nous venons d'examiner certaines hypothèses, émises à propos des groupements de publicains, selon lesquelles il y aurait eu ici un nouveau cas d'indivision.

Le point de départ leur est fourni par le texte d'Ulpien déclarant qu'il y a indivision : « *Cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur, ut in conductionibus publicorum* » (1). Kniep (2), pour interpréter ce texte, se référait à l'organisation des groupements de publicains. Ceux-ci comprenaient d'abord les *socii*, composant la *societas vectigalium* et assurant directement sa gestion. A côté d'eux se trouvait le *manceps*, ou adjudicataire, qui apparaît seul dans les rapports avec l'État. Enfin, les *affines*, capitalistes engageant des fonds dans l'exploitation, participaient aux gains et étaient responsables seulement pour la valeur du capital engagé. Ils ne faisaient donc pas partie de la *societas vectigalium*, au sens strict du terme. Le lien qui les unissait était purement fortuit et c'est à eux que ferait allusion le passage d'Ulpien.

Cette interprétation ne paraît guère soutenable. L'indivision se comprend mal ici. Les *affines* n'ont, en réalité, aucun lien entre eux. Ils sont indépendants les uns des autres, et le rapport d'intérêt, qui les rattache chacun séparément à la société, ne peut être considéré comme cette chose commune, nécessaire à l'existence d'une indivision (3). Par ailleurs, l'indivision ne résulterait pas de la *conductio*, comme l'implique le texte. Les *affines* y sont étrangers. Ils ne font qu'engager des capitaux, sans participer directement à l'exploitation de la ferme. Enfin, il est peu vraisemblable qu'Ulpien ait voulu

à l'action *C. D.* Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 274. Cf. la scolie de Stéphane, Basiliques, XII, I, 61 (Heimbach, t. I, p. 770).

(1) D. 17, 2, 32-33. Voir la bibliographie dans Mitteis, *Römis. Privatrecht*, p. 403, n. 52 ; et également Carcopino, *Decumani* (*Mélanges d'archéol. et d'histoire*, 1905, p. 401-442).

(2) *Societates publicanorum*, I, 1896, p. 236-241.

(3) Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 1 : *...denique cessat communi dividundo judicium, si res communis non sit.*

faire allusion à cette pratique des *affines*, qui semble bien n'avoir plus eu cours dès la fin de la République (1).

Une autre interprétation du passage a été proposée par Mitteis (2). Selon l'illustre romaniste, les groupements de publicains pourraient aussi bien revêtir la forme de la société que celle de l'indivision. Tout dépendrait de la façon dont s'est effectuée la prise à bail. S'il y a eu *affectio societatis*, on sera en présence d'une société. S'il y a eu simplement *communiter gestio*, il y aura indivision. Cette interprétation est conforme aux renseignements des textes. On peut toutefois se demander si les groupements de publicains auraient trouvé une forme commode dans ce cadre imprécis de l'indivision. Leur activité, qui s'exerçait parfois au loin, pour des périodes assez longues (en général cinq ans), qui mettait en mouvement un nombreux personnel et qui portait sur des sommes d'importance, devait mal s'accommoder d'un régime aussi peu « construit » que l'indivision. C'est la société, qui dans l'immense majorité des cas, devait être employée par les publicains, et l'on peut douter qu'Ulpien ait voulu signaler une hypothèse aussi exceptionnelle que celle d'une indivision entre publicains (3).

Il ne paraît pas plus vraisemblable de rapporter ce texte à l'indivision, qui subsiste après la dissolution de la société, lorsque l'héritier de l'associé défunt n'est pas *adscitus*. Le cas n'est pas propre aux sociétés de publicains. Nous avons vu, que c'était le droit commun des sociétés. Rien, d'ailleurs, dans le texte, ne fait allusion à la dissolution de la société. La solution de ce passage énigmatique nous semble devoir être fournie par la suite du texte. Ulpien rapproche du cas qui nous occupe celui des achats et les explique tous deux

(1) Mitteis, *Röm. Privatrecht*, p. 413; Duquesne, *Cours de doctorat*, Strasbourg, 1932-1933.

(2) Mitteis, *eod.*, p. 408.

(3) Mitteis reconnaît d'ailleurs que cette organisation des publicains en une simple indivision n'est signalée que par ce passage discuté d'Ulpien (*op. cit.*, p. 408).

en déclarant que l'indivision est créée entre des acheteurs qui ne veulent pas faire monter les prix en se portant acquéreurs chacun de leur côté (1). Cela ne signifie-t-il pas que l'indivision se forme ici entre adjudicataires éventuels désireux de s'éviter mutuellement le danger d'une surenchère? L'explication donnée par Ulpien de cette indivision doit en effet s'entendre des deux cas qu'il cite : les *conductiones publicorum* et les *emptiones*. Si cette interprétation, qui s'accorde pleinement avec la fin du texte, est exacte, l'indivision entre publicains n'est qu'un cas particulier de celle qui existe au cas de vente aux enchères, et nous aurons l'occasion de la retrouver à ce propos dans le paragraphe suivant (2).

§ 4. — *Les achats faits en commun.*

Sous cette rubrique, nous envisagerons deux hypothèses que les textes distinguent soigneusement : l'acquisition d'une même chose par plusieurs personnes en commun, et l'acquisition, faite séparément, par diverses personnes de parts indivises (3). On a contesté que l'acquisition en commun d'une même chose par plusieurs personnes pût donner naissance à une indivision (4). Mais on ne voit pas la nécessité d'une solu-

(1) Ulpien continue en effet : « *Item in emptionibus : nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium rem emere in commune, quod a societate longe remotum est* ». L'Etat, lui-même, trouvait avantage à cette pratique, qui augmentait le nombre des personnes engagées envers lui. Paul (D. 39, 4, 9; *Sent.*, V, 1ª, 1) recommandait une mesure voisine.

(2) Cette interprétation se rapproche de celle proposée par Mitteis. Cependant, pour lui, les groupements de publicains sont les seuls envisagés par Ulpien : *emptiones* ne fait que répéter *conductiones*. Pour nous, au contraire, les *conductiones publicorum* ne sont qu'un cas particulier d'indivision pour se porter adjudicataire. En outre, l'indivision n'existerait que pour la prise à ferme. Elle ne se prolongerait pas forcément dans l'exploitation, qui se ferait ensuite par des publicains associés.

(3) Ulpien (30 *ad Sab.*), D. 17, 2, *pro socio*, 31 : *...Item si a duobus simul empta res sit... aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri.*

(4) M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 28) croit que l'incidente *item si a duobus simul empta res sit* est une adjonction du juriste commentant le pas-

tion aussi absolue et rien n'empêche de penser qu'il pouvait selon les cas y avoir indivision ou société. Sans doute, celle-ci devait se rencontrer plus fréquemment. Divers textes la signalent (1), et celui qui parle d'indivision n'est pas à l'abri de tout soupçon.

L'acquisition d'une chose par plusieurs personnes est souvent une opération importante, que précèdent des tractations. La conclusion préalable d'une société permettra d'en préciser les conditions. Mais, s'il s'agit d'acquisition de peu d'importance, ou si, moins prévoyants, les futurs acquéreurs n'ont pas réglé leur opération par un contrat de société, le bien acquis se trouvera indivis entre eux.

Dans un cas, d'ailleurs, les textes eux-mêmes signalent l'existence d'une indivision faisant suite à un achat en commun (2). Il en sera ainsi lorsque plusieurs amateurs éven-

sage d'Ulpien. Il fait remarquer que cette proposition est la seule qui soit au subjonctif; qu'elle commence par *item* alors que les autres commencent par *aut*; qu'elle ne devrait pas être séparée par les cas de succession et de donation de l'autre hypothèse d'indivision résultant d'une vente; qu'enfin et surtout elle est contredite par Gaius, D. 10, 3, 2, *pr.*, qui déclare qu'il y a, dans ce cas, société. La critique du texte est donc sérieuse. Cf. également : Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 113-124; Pringsheim, *Animus in roman law* (*Law quarterly Review*, 1933, p. 383, 385). Notons toutefois qu'aucun des arguments de forme n'est suffisant pour conclure au caractère byzantin de cette solution. L'argument de fond n'est pas plus probant, l'existence de la société ou de l'indivision, dans notre hypothèse, étant une question d'espèce et rien ne prouvant que Gaius et Ulpien aient envisagé la même espèce. — *Contra*, Manigk, *in* Pauly-Wissowa, *Real Encyclopädie*, v° *Societas*, p. 775, l. 59-66.

(1) Gaius (7 *ad ed. prov.*), D. 10, 3, 2, *pr.*; Ulpien (31 *ad ed.*), D. 17, 2, 52, *pr.* et § 13. Pour ce dernier passage, cf. *supra*, p. 72, n. 3.

(2) Ulpien, D. 17, 2, 33 (*supra*, p. 65, n. 3); Mitteis (*Röm. Privatrecht*, p. 403, n. 53) semble croire que cette hypothèse ne concerne que les adjudications de revenus publics aux publicains. Il invoque en ce sens les textes qui montrent une certaine confusion dans les termes à propos des adjudications des terres publiques aux publicains. Mais la terminologie se précisait déjà au IIe siècle en faveur du terme *locatio*, ainsi que l'indique Gaius, III, 145. Quand bien même, d'ailleurs, Ulpien aurait compris les adjudications aux publicains dans sa formule, rien n'oblige à la restreindre à cette seule application. Il faut la prendre dans son acception large, et entendre par là tout achat avec enchères ou à l'amiable.

tuels d'une même chose, ne voulant pas en faire monter le prix par des offres séparées, s'entendent pour l'acheter ensemble, remettant à plus tard le soin de l'adjuger à un seul, ou de la partager entre eux. C'est au cas de vente aux enchères que cette pratique apparaît la plus fructueuse. Sans doute, de véritables sociétés peuvent se constituer entre adjudicataires éventuels. Mais, s'il s'agit d'une acquisition isolée, ce serait une complication dépassant l'importance du but à atteindre. On voit mal l'utilité de rédiger des statuts lorsque le partage doit suivre à bref délai et qu'aucune difficulté n'est à redouter. Aussi Ulpien affirme que ces opérations se faisaient fréquemment sans société.

Quant à l'acquisition de parts indivises, elle aboutit forcément à la copropriété entre les acquéreurs. Un exemple nous en est fourni par un triptyque de Transylvanie de l'an 150 ap. J.-C., où *Andueia Batonis* achète, pour 300 deniers, la moitié droite de la maison de *Veturius Valens* (1). Vendeur et acquéreur se trouveront copropriétaires, et l'acte d'achat donne un exemple des questions que pose cette indivision en stipulant que le vendeur sera tenu de payer seul les impôts de la maison jusqu'au prochain recensement (2).

§ 5. — *Les donations et les legs.*

L'étude des libéralités entre vifs peut être jointe à celles des libéralités à cause de mort. Les unes comme les autres aboutissent à l'indivision dans les mêmes conditions : au cas de libéralité à plusieurs personnes et portant sur un seul objet, ou au cas de libéralité de fractions indivises (3). Ce

(1) C. I. L., III, p. 944, n° VIII; Bruns, n° 133; Girard, *Textes*, p. 851, n. 5.

(2) *Convenit[que] inter eos, uti Veturius Valens pro ea domo tributa usque ad recensum dependat.*

(3) Ulpien (30 *ad Sab.*), D. 17, 2, 31 : *...Cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata... aut si... donatio communiter nobis obvenit.* La donation à deux personnes peut être opérée

n'est d'ailleurs que la transposition des règles indiquées à propos des actes à titre onéreux et spécialement de la vente. Aussi pourrons-nous être bref à leur égard.

Un exemple concret de donation faite à plusieurs personnes est fourni par la *Donatio Syntrophi* du IIe ou du IIIe siècle de notre ère (1). Nous aurons plus loin l'occasion de revenir sur ce document, qui organise l'indivision qu'il crée. Il suffisait ici d'en signaler l'existence. L'indivision ne résulte d'ailleurs pas uniquement de la donation, car celle-ci n'est faite qu'à l'affranchi T. Aithales. Les bénéficiaires ultérieurs, qui seront appelés à en profiter avec lui, ne seront désignés que par le testament du donateur (2). C'est donc la combinaison des deux modes de libéralités qui crée ici l'indivision.

Si la donation ne peut être source d'indivision que par le jeu des principes généraux, et n'offre par suite pas d'intérêt spécial, il en va différemment des legs. Non seulement le legs de parts indivises et celui d'une même chose à plusieurs personnes créent l'indivision, mais encore celle-ci résultera du jeu de certaines règles propres à la théorie des legs, en particulier de l'application de la loi *Falcidia*.

Le cas le plus simple est celui de legs d'une part indivise. Il crée une copropriété entre les colégataires indivis, ou entre le légataire et l'héritier grevé. Un exemple en est donné par le testament de C. Longinus Castor (189 ap. J.-C.). Celui-ci lègue à la fille d'une de ses esclaves, affranchie par le testament et instituée héritière, une certaine quantité de terres à blé, le tiers de sa maison et le tiers d'une autre achetée autrefois, enfin le tiers d'un bois de palmiers (3).

en donnant à l'esclave commun. C'est à cette pratique que fait allusion Ulpien, D. 39, 5, *de donat.*, 13.

(1) C. I. L., VI, 10.239; Bruns, n° 139; Girard, *Textes*, p. 831-833.

(2) *Si tibi hortos... mancipio dedero vacuamque possessionem tradidero, tum per te n[on fieri factumve iri neque] per heredem tuum... quominus ii ho[rti aedificiumve sit com]mune tibi cum conlibertis tuis utriusque sexus, qui a me testamento codicillisv[e honorati erunt]*.

(3) B. G. U., 326; Bruns, n° 119; Mitteis, *Chrestomathie*, t. II, n° 316; Girard, *Textes*, p. 805 sq., l. 14 sq.

L'indivision existe ici entre la fille légataire, sa mère et une autre esclave affranchie, instituées toutes deux héritières pour moitié. Les rapports de parenté entre légataire et héritière et ceux de communauté antérieure de vie des deux héritières peuvent expliquer, dans une certaine mesure, et justifier cette création d'une indivision. Mais les testaments romains ne lui semblent pas hostiles. Bien au contraire, ils la provoquent fréquemment, en léguant des parts indivises (1). C'est donc une des sources les plus fréquentes d'indivision que nous rencontrons ici. Il importe, par ailleurs, de remarquer qu'elle est volontaire ; et il nous est ainsi permis de conclure, non seulement à la fréquence de l'indivision chez les Romains, mais surtout au fait qu'elle n'était pas, chez eux autant que chez nous, tenue pour un régime déplorable, qu'il faut, autant que possible, éviter.

L'institution de plusieurs légataires, appelés à un même legs, pouvait également engendrer l'indivision. Mais il faut ici distinguer selon la nature du legs.

Les legs qui donnent une simple créance au légataire ne peuvent créer d'indivision, en vertu du principe de la division de plein droit des créances. Il ne saurait donc s'agir d'indivision entre colégataires, au cas de legs *per damnationem* (2) ou de legs *sinendi modo* (3).

(1) Il faut distinguer le legs de fraction indivise d'un bien du legs d'une fraction du patrimoine entier (*partitio*, legs partiaire). Le premier peut être un legs *per vindicationem*, créant l'indivision, ce que n'est pas le second (*infra*, p. 111).

(2) Gaius, II, 205 : *Est et illa differentia hujus (per damnationem legati) et per vindicationem legati, quod si eadem res duobus pluribusve per damnationem legata sit, siquidem conjunctim, plane singulis partes debentur, sicut in (illo) per vindicationem legato diximus, si vero disjunctim, singulis solidum debetur.* Gaius semble, d'après la restitution proposée par Kalb (*Das Juristenlatein* (2e éd., 1888), p. 52, n. 1), se contredire, en opposant d'abord les legs *per damnationem* aux legs *per vindicationem*, puis en les rapprochant (*sicut in illo per vindicationem legato diximus*). Il dit en parlant des legs *per vindicationem* (*eod.*, § 199) : *Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive conjunctim, sive dis-*

(3) **Voir la note page suivante.**

Au contraire, l'indivision pourra exister au cas de legs *per vindicationem* ou *per praeceptionem*. Ces legs sont, en effet, générateurs de droit réel, et s'ils sont faits au profit de plusieurs personnes soit par une disposition unique, soit par des dispositions successives, ils créeront entre les colégataires une indivision (1). Le legs *per praeceptionem* fit l'objet d'une controverse qu'il convient de rappeler ici (2).

S'appuyant sur le sens du terme, qui implique l'idée de prendre avant les autres, les Sabiniens soutenaient que ce legs ne pourrait être fait qu'au profit de l'héritier institué. Dans cette opinion, l'indivision pouvait exister entre des cohéritiers, colégataires *per praeceptionem* d'une même chose. De plus, elle existait toujours, jusqu'à la délivrance du legs, entre le légataire et ses cohéritiers. L'exécution du legs était poursuivie par l'action *familiae erciscundae* (3), et non par l'action *ex testamento*, ce qui prouve l'existence de l'indivision. Cette opinion restrictive n'a pas prévalu. La doctrine classique, suivant en cela la thèse proculienne et appuyée par

junctim, et omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere. Mais cette dernière phrase signifie ici qu'il y a indivision, chaque légataire recevant une part indivise, alors qu'au § 205 *singulis partes debentur* signifie que l'on doit à chaque légataire une fraction de la créance divisée. L'analogie n'existe qu'en ce que les deux legs aboutissent au partage. Mais, dans l'un, celui-ci s'opère de lui-même et immédiatement, dans l'autre il faudra y procéder. Ulpien, *Reg.*, 24, 13, s'exprime de façon analogue : *Si per damnationem eadem res duobus legata sit, si quidem conjunctim, singulis partes debentur... quod si disjunctim, singulis solidum debetur.* Cf. Girard, *Manuel*, p. 985-986.

(3) Gaius, II, 115, signale une controverse au cas de legs *sinendi modo* fait *disjunctim*. Si ce legs n'oblige l'héritier qu'à une abstention, il se trouvera libéré par cela seul qu'un légataire se sera rempli de son legs et par suite les autres colégataires ne pourront plus rien exiger.

(1) Gaius, II, 199 (*supra*, p. 109, n. 2); Ulpien, *Reg.*, 24, 12 : *Si duobus eadem res per vindicationem legata sit, sive conjunctim, velut* : TITIO ET SEIO HOMINEM STICHUM DO LEGO, *sive disjunctim, velut* : TITIO HOMINEM STICHUM DO LEGO, SEIO EUNDEM HOMINEM DO LEGO, *jure civili concursu partes fiebant.* Cf. D. 33, 3, *de serv. leg.*, 4, le legs d'un mur indivis.

(2) Gaius, II, 217-223.

(3) Gaius, II, 219.

l'autorité d'Hadrien (1), admit la validité du legs *per praeceptionem*, adressé à un autre qu'un cohéritier. Elle fit de ce legs une variété de legs *per vindicationem* (2). Dans ce système, le legs fait à des non-cohéritiers ne créait une indivision que si plusieurs personnes étaient appelées ensemble à recevoir la chose léguée.

Le legs *per praeceptionem* nous a fait apparaître une indivision entre légataire et héritier. Nous en avions déjà rencontré une, d'un genre différent, dans le testament de C. Longinus Castor. Il reste à en signaler une dernière, qui résulte du jeu de la *lex Falcidia*. Lorsque le legs dépassait les trois quarts de ce que l'héritier était appelé à recueillir (3), il était de plein droit réduit au disponible (4). Si donc le legs est fait *per vindicationem*, cas auquel la propriété est transférée au légataire dès le *dies veniens* (5), et qu'il dépasse les trois quarts de l'hérédité, le légataire n'en sera propriétaire que pour une part. Cette part n'ayant pas été précisée, il se trouvera dans l'indivision avec l'héritier grevé (6). Cette indivision ne peut se rencontrer qu'au cas de legs créateur de droit réel.

L'indivision ne saurait exister au cas de legs partiaire. Ce legs porte sur une quote-part de la succession (7). Il semblerait qu'il doive créer une indivision entre le légataire partiaire et l'héritier grevé, indivision analogue à celle que nous rencontrerons entre cohéritiers. En réalité, les deux

(1) Gaius, II, 221.

(2) *Eod. loc.*

(3) D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, 1, *pr.*, donnant le texte de la loi ; Gaius, II, 227.

(4) Gaius (18 *ad ed. prov.*), D., *h. t.*, 73, 5 : *...quod si excesserit qui dodrantem pro rata portione per legem ipso jure minuuntur.*

(5) Le point avait été contesté par les Proculiens, mais leur doctrine ne prévalut pas. Cf. Girard, *Manuel*, p. 981, n. 1.

(6) Girard, *Manuel*, p. 976, n. 3 ; Cassius, cité par Plautius, dans Paul (12 *ad Plautium*), D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, 49, *pr.*

(7) Ulpien, *Reg.*, 24, 25. Cf. des exemples pratiques dès la fin de la République : *Laudatio Murdiae* (époque d'Auguste), C. I. L., VI, 10.230 ; Bruns, n° 127 ; Girard, *Textes*, p. 822 : *Omnes filios aeque fecit heredes, partitione filiae data.*

situations diffèrent totalement. Le légataire partiaire n'a qu'une créance contre l'héritier (1). Il n'a pas la propriété de la quote-part de l'hérédité, à laquelle il est appelé. Aucune indivision ne peut exister entre lui et l'héritier. Ce ne sera que lorsque le legs partiaire sera exécuté que le légataire pourra se voir attribuer la copropriété, indivise avec l'héritier, de certains biens du défunt. Mais l'indivision n'a pas sa source dans le legs. Si celui-ci en est la cause lointaine, c'est la convention intervenue entre le légataire et l'héritier pour l'exécuter qui est, au point de vue juridique, l'origine véritable de cette indivision (2).

On a coutume de rapprocher de l'étude des legs celle des fidéicommis. En général, le fidéicommis, ne donnant naissance qu'à une créance (3), ne peut entraîner d'indivision entre le fiduciaire et le fidéicommissaire. Il n'y a donc à mentionner ici que le fidéicommis portant sur une part indivise, ou attribuant un même bien à deux bénéficiaires (4). Un seul cas mérite un examen plus complet: celui du fidéicommissaire dans le régime institué par le *S. C. Trébellien.* Mais, comme ce régime met le fidéicommissaire *loco heredis*, nous préférons en renvoyer l'étude à la section suivante, consacrée à l'indivision entre cohéritiers.

SECTION II

L'indivision successorale.

Nous n'avons jusqu'ici rencontré l'indivision que comme une institution assez exceptionnelle. Elle nous est apparue

(1) Girard, *Manuel*, p. 988.

(2) On voit l'intérêt qu'il y avait à distinguer (*supra*, p. 109, n. 1) le legs d'une part indivise d'un bien, de celui d'une fraction du patrimoine. Le premier crée l'indivision, car ce peut être un legs de propriété, le second ne la crée jamais.

(3) Et cela seulement depuis sa reconnaissance par le droit, vers l'époque d'Auguste.

(4) Il n'y a rien de plus à dire ici, que ce que nous avons dit à propos des legs, des donations ou des achats.

comme une simple modalité qui peut parfois affecter l'acquisition de la propriété. En matière de succession il en va différemment : « La copropriété est sur le terrain successoral un accident normal, inévitable, presque périodique ; elle se manifeste dans les hérédités presque fatalement, à chaque transmission d'une génération à la suivante ; elle surgit toutes les fois qu'il y a plusieurs héritiers appelés concurremment à une même succession. Il y a dans cette reproduction quasi périodique de l'indivision successorale un fait pressant, qui a pu éveiller l'attention d'un législateur primitif, particulièrement sensible à l'influence des faits » (1). C'est la succession qui est le domaine propre — peut-être pourrait-on ajouter primitif — de l'indivision. Lorsque nous en étudiions les manifestations, à l'époque très ancienne, elle nous est surtout apparue sous la forme du *consortium*, indivision entre cohéritiers. De même, à l'époque classique, c'est la dévolution successorale qui reste la grande cause d'indivision et — si l'on excepte les cas, peu fréquents ou moins importants, de la liquidation des sociétés et du voisinage — la seule qui ne puisse être évitée par convention particulière. Bien plus, l'importance à Rome de la succession testamentaire et la fréquence de l'institution de plusieurs héritiers dans un même testament ont dû multiplier les cas d'indivision successorale (2).

L'institution ancienne du *consortium* a disparu à l'époque classique. Aulu-Gelle et Gaius, qui sont les seuls auteurs connus à en parler avec quelques détails, n'y voient plus qu'une forme périmée (3). *Consors* et *consortium* continueront à être

(1) Michon, *Autour des origines légales de l'agnation externe, Mélanges Cornil*, 1926, p. 115.

(2) De très nombreux textes du *Dig.* relatifs à l'indivision concernent des frères ou des *heredes*, par ex. : Scaevola, D. 10, 2, 39, 3 ; 26, 7, 47, 6 ; 31, 89, 1 ; Pomponius, D. 29, 2, 78 ; Modestin, D. 3, 5, 26 (27), *pr.* ; Papinien, D. 17, 2, 52, 6. De même M. Egon Weiss (*Archiv für Papyrusfors.*, t. IV (1908), p. 357, n. 3) relève de nombreux papyri où il est question de frères.

(3) *Supra*, p. 11. Cette décadence devait déjà être avancée au premier siècle avant notre ère, car les textes littéraires contemporains ne signalent que rarement le *consortium*.

employés, et seront repris, avec une faveur toute particulière, dans les constitutions du Bas-Empire; mais, lorsqu'ils ne désignent pas quelque chose de tout différent (1), ils se réfèrent à l'indivision entre cohéritiers, telle que l'a organisée le droit classique (2).

Le *consortium* ne pouvait plus se concevoir dans le régime individualiste du droit classique. La notion de propriété familiale, qui était à sa base, avait fait place à la reconnaissance du droit de chaque héritier à une fraction de la succession. Ce régime de vie commune fut incommode lorsque le patrimoine comporta des biens situés au loin. Enfin, la prédominance du testament sur la succession *ab intestat* contribua à sa disparition : les héritiers testamentaires n'avaient pas, le plus souvent, mené cette vie en commun, que le *consortium* prolongeait.

Si, malgré cette importance particulière, nous avons réservé pour la fin l'étude de l'indivision héréditaire, c'est qu'elle présente une complexité plus grande que les hypothèses envisagées jusqu'ici. A côté du double régime des successions légitime et testamentaire (cette dernière avait à Rome une importance beaucoup plus considérable que de nos jours, ce qui augmentait le domaine de l'autonomie de la volonté et par là même la variété des hypothèses), le droit prétorien vint juxtaposer son système propre à celui du droit civil. Enfin, parmi les dispositions de dernière volonté à titre particulier, les

(1) Par ex. pour désigner la collégialité des Empereurs (Mommsen, *Droit public*, t. V, p. 463, n. 1); l'union des époux (Modestin, D. 23, 2, *de ritu nupt.*, 1. M. Solazzi, *Ann. de Macerata*, t. V (1929), extr., p. 3, 7, n. 2, croit que l'expression est ici interpolée; en tout cas elle se trouve C. Th., 10, 19, 15); la cohabitation (C. Th., 16, 2, 44; C. J., 1, 3, 19, *pr.*); des collèges (C. Th., 7, 18, 1; 15, 1, 38); etc. (Cf. C. Th., 5, 18, 1, 19; 7, 22, 7; 8, 7, 16; 9, 32, 1; 11, 13, 1; 12, 1, 164; C. J., 10, 2, 3; 11, 38, 1; 12, 36, 4, 1; D. 17, 2, 52, 8 : *supra*, p. 57).

(2) Le sens d'indivision successorale est bien marqué par Paul (6 *Quaest.*), D. 27, 1, *de exc.*, 31, 4, d'après lequel les *fratres consortes* ne font l'objet que d'une seule tutelle, tandis qu'il en faut plusieurs aux *fratres*, *diviso patrimonio*. Cf. C. Th., 2, 5, 1 et 2; 3, 1, 6; 5, 16, 34; 8, 18, 1 et 7; C. J., 6, 59, 11, *pr.*

fidéicommis mirent, dans certains cas, le fidéicommissaire dans la situation d'un héritier. D'où la nécessité d'envisager ici le fidéicommis d'hérédité.

Nous aurons donc à considérer la succession du droit civil, en y distinguant la succession légitime et la succession testamentaire, puis la succession prétorienne, enfin le fidéicommis d'hérédité.

I. — Définissant l'action *familiae erciscundae*, ou indiquant les parties qui peuvent y figurer, les jurisconsultes classiques affirment qu'elle a pour but le partage entre cohéritiers et par là même se trouve impliquée l'existence de l'indivision héréditaire (1).

Mais, sous cette dénomination d'*heres*, on peut discerner plusieurs causes d'indivision, relevant de la succession du droit civil. C'est ce que nous indique Ulpien, qui énumère comme source de la transmission successorale, et par là même de l'indivision héréditaire, le testament et la succession *ab intestat*, que la succession ait été déférée par la loi des XII Tables, une autre loi, un S. C. ou même une constitution impériale (2).

(1) Définition de l'action *F. E.* : Gaius, II, 219 : *Judicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda id est dividunda, accipi solet*; Ulpien, *Reg.*, 19, 16 : *...formulam familiae erciscundae, quae locum habet inter coheredes...* Parties à l'action : Gaius, IV, 42 : *...si inter coheredes familiae erciscundae agatur*; (7 *ad ed. prov.*), D. 10, 2, *F. E.*, 1, *pr.* : *Haec actio (F. E.) proficiscitur e lege duodecim tabularum : namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur*; § 1, *i. f.* : *nisi enim coheres sit, neque adjudicari quicquam ei oportet neque adversarius ei condamnandus est.* Paul (2 *Quaest.*), D., *h. t.*, 36 : *Cum putarem te coheredem meum esse idque verum non esset, egi tecum familiae erciscundae judicio...*; Papinien (14 *Quaest.*), D. 5, 2, *de inof. test.*, 15, 2, admet l'action : *quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum* (Cf. Berger, *Teilungsklagen*, p. 15).

(2) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, 2, *pr.* : *Per familiae erciscundae actionem dividitur hereditas, sive ex testamento sive ab intestato, sive ex lege duodecim tabularum sive ex aliqua lege deferatur hereditas vel ex senatus consulto vel etiam constitutione...* La rédaction de ce texte a donné lieu à

Nous avons donc à étudier comment l'indivision peut résulter de la succession *ab intestat*, puis comment elle peut

de nombreux soupçons. On peut tout d'abord se demander si l'énumération des sources législatives de la succession ne concerne que la succession *ab intestat* ou également la succession testamentaire. Cette dernière interprétation paraît préférable, car les quatre sources énumérées concernent les deux modes de dévolution. Ulpien lui-même (D. 50, 16, *de verb. sign.*, 130) déclare que la loi des XII Tables est une source de la dévolution testamentaire (En ce sens, Cujas, *Comment. in Tit. II, Familiae ercisc., L. X Digest., ad L. II*, t. VII, 479; Duquesne, *Cours de doctorat*, Strasbourg, 1932-1933).

Mais en outre, la mention du S. C. et de la constitution impériale, rejetée en dehors de la phrase qui devrait se terminer sur *deferatur hereditas* et rattachée à l'énumération générale par *vel... vel* au lieu de *sive... sive* employé dans la première partie, a été pour ces raisons de forme suspectée d'interpolation (Wlassak, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen* (Gratz, 1884), p. 116-127, et le compte-rendu de Pernice, *Z. S. St.*, t. VI (1885), p. 299; Pringsheim, *Kauf mit fremdem Geld*, p. 149, n. 1, et *Z. S. St.*, t. XLII (1921), p. 659, n. 2).

Sans contester l'inélégance de la forme, on ne peut y voir une preuve suffisante d'interpolation. Dès l'époque d'Ulpien, il existait des S. C. et des constitutions impériales, aussi bien que des lois relatives à la dévolution successorale : loi des XII Tables, V, § 3-5 ; *lex Cornelia* de l'époque de Sylla (?), décidant que les citoyens mourant en captivité seraient traités comme s'ils étaient déjà morts au moment où la captivité a commencé (D. 28, 1, *qui test. fac. possunt*, 12; Girard, *Manuel*, p. 210); lois caducaires de l'époque d'Auguste : *lex Julia de maritandis ordinibus* de 736 U. C. (Gaius, II, 111), et *lex Pappia-Poppea* de 762; *lex Junia Vellaea*, admettant la validité de l'institution des posthumes siens, qu'il faut placer en 26 ou 27 ap. J.-C. (Girard, *Manuel*, p. 909, n. 1); S. C. Tertullien, rendu sous Hadrien, qui appelle la mère à la succession légitime de ses enfants (Girard, *Manuel*, p. 900, n. 3), et celui rendu sous le même règne en faveur du testament des femmes (Gaius, I, 115ª); S. C. Orfitien (178), appelant les enfants, avant les agnats, à la succession de leur mère ; dispositions d'Auguste de Nerva, de Trajan et d'Hadrien, permettant au fils de famille de disposer par testament de son pécule *castrense* (Papinien, D. 45, 3, *de stip. serv.*, 18, *pr.*; I. J., II, 12, *pr.*); d'autres rescrits d'Hadrien sont signalés également par Papinien (D. 49, 17, *de castr. pec.*, l. 13 et 16, *pr.*); un rescrit dont l'auteur n'est pas nommé, mais qui est peut-être celui de Caracalla du 19 février 219 (C. J., 6, 21, 2) (Fitting, *Alter und Folge*, p. 81), est cité par Triphoninus (D., *h. t.*, 19, 2). On peut comprendre ces rescrits sous le terme *constitutione*. Si celui-ci au sens strict s'oppose à rescrit, il a également une acception large où il désigne tout acte législatif de l'empereur. Ulpien lui-même, D. 1, 4, *de const. princ.*, 1, 1, indique ce sens large de *constitutio* dans le langage commun : *Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit*,

aussi être établie par testament. Nous verrons ensuite dans une hypothèse spéciale que l'indivision peut résulter de la combinaison de la succession *ab intestat* et de la succession testamentaire ; enfin nous envisagerons un cas spécial de transmission du patrimoine : l'*addictio bonorum libertorum servandorum causa.*

Rien de particulier à dire sur la première hypothèse : l'indivision résultera de la succession *ab intestat* lorsque plusieurs personnes seront appelées en concours à recevoir un patrimoine. Le système des XII Tables, qui, pendant tout le droit classique continua à s'appliquer à la succession du droit civil (1), ne laisse place que rarement à cette pluralité d'héritiers. Les trois ordres ne peuvent concourir entre eux. Dans celui des agnats, l'*agnatus proximus* recueille seul

legem esse constat. haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus. Cf. Gaius, I, 102, comparé à Ulpien, *Reg.*, 8, 5; Ulpien, *Reg.*, 23, 10, comparé à Ulpien, D. 29, 1, 1, *pr.*, 9, 1; 13, 4; 15, 2; 24; 30; 34, *pr.*; 41, 1; 44; I. J., III, 11, *pr.* En tout cas le doute ne peut s'élever contre la phrase de Tryphoninus, D. 49, 17, 19, 3 : *filium posse manumittere talis peculii servum Hadrianus constituit.* Or, il résulte du contexte que cet affranchissement est fait par testament. Nous retrouverons plus loin deux autres textes qui parlent également de *constitutiones* pour la transmission héréditaire du pécule *castrense* (D. 10, 2, 2, § 2 et 25, § 1, *infra*, p. 120). Le testament militaire fit également l'objet de constitutions impériales : Ulpien, *Reg.*, 23, 10 et D. 29, 1, *de test. mil.*, qui cite des dispositions de Titus, Domitien, Nerva (1, *pr.*); Trajan (l. 24); Hadrien (l. 34); Antonin (l. 9, § 1); Septime Sévère et Caracalla (l. 13, § 4). Nous retrouverons plus loin les constitutions de Tibère (D. 28, 5, 41 [40] et 42 [41]) et de Marc-Aurèle (Ulpien, *Reg.*, 22, 34), en matière de substitution (*infra*, p. 121, n. 1 et 123, n. 3), et celle de Marc-Aurèle sur l'*addictio bonorum libertorum servendorum causa* (*infra*, p. 125-126). Ainsi, dès Ulpien, des lois, des sénatus-consultes, des constitutions impériales avaient statué sur la transmission successorale du droit civil, et rien, dans ces conditions, n'oblige à attribuer ce passage aux commissaires de Justinien. En ce sens, Wlassak (*op. cit.*, p. 115-127); Berger (*Teilunhsklagen*, p. 16) : « Zur Echtheit des Fragments... bis zum Schlussatz (« et generaliter... ») geht alles, wenn auch stilistisch nicht ganz glatt, doch sachlich unbedenklich an »).

(1) XII Tables, V, 4-5 : *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.*

toute la succession (1). De l'ordre des gentils, on ne sait guère que la désuétude totale de son droit successoral à l'époque classique (2). C'est donc essentiellement entre *heredes sui* de même degré ou de degrés différents que la succession *ab intestat* pouvait entraîner une indivision héréditaire (3).

Mais la fréquence du testament mettait au second plan cette source d'indivision, aujourd'hui la plus importante. Nous avons vu comment, par les legs, le testament pouvait créer l'indivision. C'est ici le lieu de signaler la pratique d'institution de plusieurs héritiers dans un même testament. L'attribution d'un patrimoine indivisément à plusieurs héritiers était à Rome des plus fréquentes. Elle s'explique, semble-t-il, parce que le testament se substituait totalement à la succession *ab intestat* (4). Au lieu de nos modernes « présomptions d'affection » pour justifier la vocation successorale, c'était les affections réelles du testateur qui dictaient ses dispositions. L'exclusivité en ce domaine est chose assez rare, et l'on s'explique ainsi l'attribution de la succession, par fraction, à plusieurs de ses familiers (5).

Or il était, en principe, interdit d'opérer par testament des assignations de parts, en attribuant certains biens à certains héritiers. Sans doute, pour assurer le respect des dernières volontés, on s'efforçait, tout en déclarant nulle l'institution

(1) L'indivision se rencontrera seulement au cas de plusieurs agnats de même degré.

(2) Gaius, III, 17, déclare que « *totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est... de eadem re curiosus tractare* ». Peut-être, ainsi qu'on pourrait l'induire du pluriel *gentiles... habento*, les *gentiles* succédaient-ils en concours entre eux.

(3) Par ex. Gaius, III, 8 (Girard, *Manuel*, p. 895 sq.).

(4) C'est la fameuse règle *Nemo partim testatus, partim intestatus, decedere potest.*

(5) En outre, le testament remplaçant la dévolution *ab intestat*, peut chercher à imiter ses effets : attribution d'une part moindre aux petits-enfants qu'aux enfants. Ou bien le testateur veut indemniser un fils de famille d'acquisitions dues à son travail, mais qui ont profité au *pater* (en effet, la *collatio bonorum* ne s'applique pas aux émancipés appelés par testament : C. J., 6, 20, *de coll.*, 1 et 9).

ex certis rebus, d'attribuer à chacun les biens que lui destinait le défunt (1). Il n'en restait pas moins que le seul procédé légal était l'institution par fraction indivise (en général par onces, le patrimoine étant tenu pour un *as*) (2). Ce système aboutissait nécessairement à la création d'une indivision en donnant à chacun une certaine fraction du patrimoine. Nous avons conservé le souvenir de ces indivisions testamentaires (3). Dans un testament où Cicéron avait été témoin (4), il avait été institué pour trois onces (*terruncius*) et Atticus pour une livre (*libra*, c'est-à-dire douze onces). Le testament de Virgile se composait de fractions plus variées : Valerius Proculus, son frère utérin, recevait une moitié; Auguste, un quart; Mécène et deux autres amis, chacun un douzième (5). Enfin les fragments d'une dalle de marbre de la voie Appienne, contenant un testament de l'an 108, laissent supposer également l'usage de ces institutions par fractions (6).

(1) David, *Studien zur « heredis institutio ex re certa »...*, Leipzig, 1930; Siber, *Römis. Recht*, II, *Privatrecht*, p. 348 et n. 5.

(2) *Sent.* de Paul, III, 4b, 6; sur ce système : Girard, *Manuel*, p. 879.

(3) Nous ne voulons pas indiquer ici tous les textes où cette pluralité d'institués testamentaires est mentionnée. Ils sont innombrables. — V. seulement, à titre d'exemple, au D. 28, 5, *de hered. inst.*, 9, §§ 2, 3, 7, 10, 12, 13, 15; l. 10-21; 24; 27; 29; 33; 35, *pr.*; 36; 37, §§ 1-2; 38, *pr.* et § 5; 39; 40; 43; (42); 45 (44); 48 (47), §§ 1, 2; 51 (50), § 2; 54 (53); 60 (59), §§ 2, 3, 5, 6, 7; 64 (63); 67 (66); 70 (69); 73 (72); 79 (78); 82 (81); 86 (85); 87 (86); 88 (87); 90 (89); 93 (92).

(4) Cic., *ad Atticum*, 7, 2, 3 : *Fecit palam te ex libella* (*libra*, selon d'autres ms.) *me ex terruncio*. Cf. également le testament de Caesennia : *Facit heredem ex deunce et semuncia Cæcinam, ex duabus sextulis M. Fulcinium...; Aebutio sextulam aspergit* (*Pro Cæcina*, VI, 17).

(5) Donatus, *Vita Virgilii*, 37 : *Heredes fecit ex dimidia parte Valerium Proculum fratrem alio patre, ex quarta Augustum, ex duodecima Maecenatem, ex reliqua L. Varium et Plotium Tuccam.*

(6) *Testamentum Dasumi* : C. I. L., VI, 10.229; Girard, *Textes*, p. 802, l. 3-11. Cette inscription très mutilée a été restituée par Mommsen au C. I. L., et c'est d'après cette restitution que l'on peut rétablir l'institution indivise de plusieurs héritiers. Celle-ci toutefois est certaine, car l'inscription mentionne une fois une institution *ex uncia* : *...amicus rarissim[us P. Tullius Varro... mearum fortu]narum ex uncia [heres esto... Item Dasumia... filia mea p]ientissima mihi [heres esto ex... Item f]ilia Serviani ex...*

Le pécule *castrense* du fils de famille, dont celui-ci pouvait disposer par testament, pouvait également faire l'objet d'une indivision héréditaire testamentaire (1).

Cette solution ne doit pas être confondue avec celle où le testament attribuerait à des personnes différentes deux masses de biens d'un même patrimoine. Dans ce cas, il n'y a pas d'indivision, chacun des héritiers recevant un ensemble de biens indépendant. Cette situation est assez rare, car le principe romain de l'unité du patrimoine ne permet pas cette formation de groupes de biens distincts dont une seule personne se trouverait titulaire. Elle existe cependant pour le pécule *castrense*. Celui-ci, qui n'avait à l'origine qu'une existence de fait, forma, dès l'Empire, une masse juridiquement distincte. Le titulaire du pécule peut le laisser, par un testament, à une personne, alors que le reste de ses biens va à une autre. Il n'y aura pas dans ce cas d'indivision, nous dit Paul, chacun des héritiers recevant séparément une des deux masses (2).

mihi heres esto... Item]... *us meus mihi heres* [*esto ex... Item et m*]*ihi heredes sunto* [*ex... Denique... ex...*] *mihi heres esto.*

(1) Ulpien (19 *ad ed.*) : D. 10, 2, *F. E.*, 2, 2 : *Item si filii familias militis peculium sit, fortius defendi potest hereditatem effectam per constitutiones, et ideo hoc judicio locus erit.* La fin du texte (à partir de *fortius*) a été critiquée par Bonfante (*Studi Scialoja*, I, 1905, p. 554, n. 5) et son opinion a rallié plusieurs auteurs (Krüger, *Dig.*, Arangio-Ruiz, *Riv. it. Sc. giur.*, t. LII (1913), p. 225; Beseler, *Beiträge*, II, 24).

Elle a été fort judicieusement combattue par M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 24, 25). Quoi qu'il en soit de la forme, le fond du texte, qui seul nous importe, est hors du débat.

(2) Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, 25, 1 : *Si miles alium castrensium, alium ceterorum bonorum heredem fecerit, non est locus familiae erciscundae judicio : divisum est enim per constitutiones inter eos patrimonium, quemadmodum cessat familiae erciscundae judicium, cum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt.* On ne peut préciser quelles sont les *constitutiones* dont il s'agit ici. Sans doute ce sont celles qui établissent le droit de disposer du pécule *castrense* par testament (*supra*, p. 116, note) et qui par là en font une masse de biens dévolue à part. Paul dit simplement qu'il n'y a pas lieu d'utiliser ici l'action *F. E.* Il ne dit pas expressément qu'il n'y ait pas d'indivision. Mais comme la législation positive déterminait exactement les biens composant le pécule, le partage s'opérait immédiate-

Les règles spéciales de la substitution testamentaire pouvaient également entraîner une indivision. Normalement, au cas de substitution, le substitué ne recueillait qu'à défaut de l'institué. Le concours entre eux ne pouvait se produire. Dans trois hypothèses cependant il en allait différemment : institué et substitué se trouvaient en concours. Cela résultant de circonstances postérieures à la rédaction du testament, ce dernier ne pouvait avoir attribué des parts divises. C'était donc une indivision qui s'ouvrait entre les personnes en concours.

Selon une disposition de Tibère, inspirée sans doute par des motifs personnels plus que par une rigoureuse logique de juriste, lorsqu'un testateur instituait un esclave, qu'il croyait libre, le substitué libre appelé à son défaut concourait avec lui, au lieu d'être primé par lui. Julien s'efforce de justifier cette solution, mais les explications qu'il en donne ne sont guère concluantes. Si l'institution était valable, on n'a que faire du substitué; si elle ne l'est pas, le substitué doit recueillir le tout. Quoi qu'il en soit de cette bizarrerie législative, la solution est certaine et la preuve de l'indivision se trouve dans les expressions de Julien et de Pomponius : *Sempronium in partem hereditatis admitti; semisses fient; divisa hereditas est* (1). Un autre cas plus simple, et aussi plus

ment, par le simple usage du criterium légal, si tant est que, dans pareilles conditions, on puisse parler de partage. Un rescrit de Caracalla admet que l'on peut disposer par testament du pécule *castrense*, tandis que la transmission des autres biens se fera *ab intestat* (C. J., 6, 21, 2; 213). C'est la preuve de ce partage légal des deux masses.

(1) Julien (30 *Dig.*), D. 28, 5, *de hered. inst.*, 41 (40) : *Si paterfamilias Titium, quem ingenuum esse credebat, heredem scripserit eique, si heres non esset, Sempronium substituerit, deinde Titius, quia servus fuerat, jussu domini adierit hereditatem : potest dici Sempronium in partem hereditatis admitti. nam qui scit aliquem servum esse et eum heredem scribit et ita substituit : « si Stichus heres non erit, Sempronius heres esto », intellegitur tale quod dicere : « si Stichus neque ipse heres erit neque alium fecerit ». at qui eum, quem liberum putat esse, heredem scripserit, hoc sermone « si heres non erit » nihil aliud intellegitur significare, quam si hereditatem vel sibi non adquisierit vel mutata condicione alium heredem non*

logique, est celui de l'indivision entre le maître d'un esclave commun qui l'autorise à accepter, alors que l'autre maître s'y refuse, et la personne substituée à l'esclave. Le maître acceptant aura droit à la moitié, le substitué à l'autre moitié, laissée disponible par le refus d'un des copropriétaires de l'esclave (1).

Enfin, Gaius indique un dernier cas de concours entre l'institué et le substitué. Il faut pour comprendre cette hypothèse se rappeler les divers modes d'acceptation de la succession en usage à son époque. Ce sont, à côté de la *cretio*, forme originaire, qui n'est plus exigée, à peine de nullité, que si son inobservation est sanctionnée par l'exhérédation, la *gestio pro herede* et la *nuda voluntas* (2). C'est dans un cas de *cretio imperfecta*, c'est-à-dire où l'acceptation solennelle n'est pas imposée sous peine d'exhérédation, que l'indivision pourra exister. Il en sera ainsi lorsqu'au lieu d'accepter par *cretio*, l'institué acceptera par *gestio pro herede* : institué et substitué seront alors appelés en concours et recueilleront

fecerit : quae adjectio ad eos pertinet, qui patres familias heredes scripti postea in servitutem deducti fuerint. igitur in hoc casu semisses fient ita, ut alter semis inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, et substitutum aequis portionibus dividatur.

Pomponius (12 *ex variis lect.*), D., *h. t.*, 42 (41) : *et hoc Tiberius Caesar constituit in persona Parthenii, qui tamquam ingenuus heres scriptus adierat hereditatem, cum esset Caesaris servus : nam divisa hereditas est inter Tiberium et eum qui Parthenio substitutus erat, ut refert Sextus Pomponius.* Cf. I. J., 2, 15, *de vulg. subst.*, 4.

La longue explication de Julien n'est pas concluante, car elle n'envisage pas le cas posé. Elle concerne la substitution à un esclave dont on connaît la servitude ou à une personne libre qui, par la suite, deviendrait esclave, et déclare que dans ces deux cas le substitué ne recueillera qu'à défaut du titulaire de la puissance sur l'esclave. Mais il s'agit ici d'esclave cru libre et Julien ne justifie nullement le concours du substitué avec l'institué.

(1) Scaevola (1 *quaest. publ. tract.*), D. 28, 6, *de vulg. et pupil. subst.*, 48, *pr.* : *Servum communem habemus : hic heres scriptus est et, si heres non sit, Maevius illi substitutus est : alterius jussu dominorum adiit hereditatem, alterius non : quaeritur, an substituto locus sit an non. [et verius est] substituto locum esse.*

(2) Gaius, II, 167.

la succession chacun pour moitié (1). Sabinus n'avait admis cette indivision que si l'institué acceptait par *gestio pro herede*, après l'écoulement du délai pour faire la *cretio*. Si la *gestio* avait lieu pendant ce délai, il estimait que l'acceptant devait être seul à recueillir toute l'hérédité. Mais cette opinion n'était pas unanime et d'autres jurisconsultes déclaraient que, même lorsque la *gestio* avait eu lieu pendant le délai de la *cretio*, l'institué subissait le concours du substitué (2). Cette opinion semble l'avoir emporté, car Ulpien ne fait plus allusion à la distinction sabinienne. De son temps, d'ailleurs, ce point n'avait plus qu'un intérêt historique. Marc-Aurèle supprima cette cause d'indivision en décidant qu'une simple *gestio pro herede* attribuerait l'intégralité à l'institué sans concours du substitué (3).

Malgré la règle romaine « *Nemo partim testatus, partim intestatus, decedere potest* », il est cependant un cas où la succession *ab intestat* peut concourir avec la succession testamentaire et où des héritiers, de vocation différente, seront entre eux dans l'indivision. Cette dérogation aux principes généraux du droit romain se rencontre en matière de *querela inofficiosi testamenti*. L'origine coutumière et peut-être étrangère (4) de l'institution, et son développement par la pratique

(1) Gaius, II, 177 : *Sed si cretio sine exheredatione sit data, id est in haec verba : Si non creveris, tum p. mevius heres esto, illud diversum invenitur, quod si prior omissa cretione pro herede gerat, substitutum in partem admittit et fiunt ambo aequis partibus heredes.*

(2) Gaius, II, 178 : *Sed Sabino quidem placuit, quamdiu cernere et eo modo heres fierit possit prior, etiamsi pro herede gesserit, non tamen admitti substitutum; cum vero cretio finita sit, tum pro herede gerente admitti substitutum : aliis vero placuit etiam superante cretione posse eum pro herede gerendo in partem substitutum admittere et amplius ad cretionem reverti non posse.*

(3) Ulpien, *Reg.*, 22, 34 : *Si sub imperfecta cretione heres institutus sit, id est non adjectis verbis : Si non creveris, exheres esto, sed si ita : Si non creveris, tunc mevius heres esto, cernendo quidem superior inferiorem excludit, non cernendo autem, sed pro herede gerendo, in partem admittit substitutum. Sed postea Divus Marcus constituit, ut et pro herede gerendo ex asse fiat heres.*

(4) Girard, *Manuel*, p. 913-914.

judiciaire, peuvent expliquer qu'elle tint en échec un des principes primordiaux du droit successoral romain.

Reposant sur la fiction que le testament était l'œuvre d'un insensé, la *querela* devait le faire tomber pour le tout, et y substituer la succession *ab intestat.* Mais cette idée, simple et logique, ne fut pas toujours respectée. Au cas de pluralité d'institués ou de pluralité de légitimaires, le testament fut parfois révoqué seulement pour partie. Ce pouvait être là une conséquence du principe de l'effet relatif des jugements : si un seul des légitimaires agissait, il ne pouvait faire tomber le testament que pour sa part; si, à l'inverse, un seul des héritiers institués était poursuivi, le testament gardait sa valeur pour les autres (1). De même en sera-t-il si l'action ne réussit que pour certains légitimaires ou contre certains institués, soit parce qu'elle a été intentée devant des juridictions différentes (2), soit parce que, le demandeur étant un frère ou une sœur du testateur, un seul des institués était *persona turpis* (3), soit enfin parce que l'action était intentée

(1) Ulpien (1 *Disp.*), D. 5, 2, *de inof. test.*, 25, 1 : *Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querellam admissus pro parte rescindere testamentum temptet et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querellam instituat, dicendum est, quia testamentum pro parte valet et praecedentes cum personae exclusae sunt, cum effectu eum querellam instituisse.* Cf. Papinien (2 *Resp.*), D. *h. t.*, 16, *pr.* : *Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit et optinuit, filia, quae non egit aut non optinuit, in hereditate legitima fratri non concurrit.* Et également la fameuse loi 19, *h. t.* (Cf. Boyé, *La Loi Mater, Tijdschrift,* t. V (1924), sp., p. 475-476).

(2) Papinien (14 *Quaest.*), D. *h. t.*, 15, 2 : *Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias judicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere : verum enim est familiae erciscundae judicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum : et ideo pars hereditatis in testamento remansit* [*nec absurdum videtur pro parte intestatum videri*]. La fin du texte, à partir de *nec absurdum...*, est interpolée (Bonfante, *Istit.*, p. 541, n. 2 et *Scr. giur.*, t. I, p. 143, n. 1). Costa, *Storia,* p. 493, n. 1, croit le passage interpolé depuis *verum enim.* Cf. D. 31, *de leg. et fideic.*, 76, *pr.*

(3) Ulpien (48 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 24 : *Circa inofficiosi querellam evenire*

par plusieurs légitimaires, dont un seul était exhérédé injustement (1).

Dans ces diverses hypothèses le testament n'étant infirmé que pour partie et, comme le dit Ulpien : *pro parte testatus, pro parte intestatus, decessisse videbitur.* Une indivision existait entre les légitimaires, qui pouvaient réclamer leur part *ab intestat*, et les héritiers institués, pour lesquels le testament n'était pas caduc et qui conservaient leur part. Semblable situation posait des questions délicates, quant au maintien total ou partiel des dispositions du défunt, et quant à la répartition des charges et dettes héréditaires entre l'héritier *ab intestat* et l'héritier testamentaire (2). Nous n'avons pas à les examiner ici, où nous ne faisons que relever les sources de l'indivision sans rechercher les règles relatives à son administration.

Il est un dernier cas, que l'on peut rapprocher de la succession *ab intestat* et de la succession testamentaire du droit civil, c'est celui où, en vertu d'une constitution de Marc-Aurèle, quiconque peut se faire attribuer une hérédité, que personne ne veut recueillir, sous la seule condition de fournir caution de payer les créanciers successoraux. Cette mesure

plerumque adsolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur. quid enim si fratre agente heredes scripti diversi juris fuerunt? quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.

Cette hypothèse ne peut être antérieure à 319, date de la constitution de Constantin (C. Th., 2, 19, *de inoff. test.*, 1. Cf. C. J., 3, 28, *de inoff. test.*, 27), qui n'accorde la *querela* qu'aux frères consanguins et seulement contre des *turpes personae.* On a conclu de ce texte à l'interpolation du passage d'Ulpien dans sa mention des *heredes diversi juris* (Faber, *Ration., ad h. l.*, II, p. 197; Beseler, *Beiträge*, t. III, p. 44, qui ajoute des arguments de forme; Krüger, *Festschrift für Lenel*, p. 215, n. 4); Godefroy (*Commentaire sur C. Th.*, 2, 19, 1) avait ingénieusement répondu à Faber que les *heredes diversi juris* étaient, non des *turpes personae*, mais des personnes non libres ou des étrangers qui, dès avant 319, ne pouvaient pas être instituées aux dépens des frères (argument *a contrario* de D., *h. t.*, 31, 1). Mais M. Lenel (*Z. S. St.*, t. XXXIX (1918), p. 148) condamne à son tour le passage allégué par Godefroy, où il croit découvrir une glose.

(1) Cf. Windscheid, *Pandeckten*, t. III, § 584, p. 389-392.

(2) Voir par ex. D. 31, *de leg. et fideic.*, 76, *pr.*

avait été prise dans l'intention de ne pas laisser tomber les affranchissements testamentaires faits par celui dont personne ne se portait héritier, d'où son nom d'*addictio bonorum libertorum servandorum causa* (1). Celui qui recueille la succession n'est pas un héritier. Néanmoins, sa situation n'est pas sans analogie avec celle de l'héritier. Il est tenu du passif successoral. Il doit exécuter les affranchissements fidéicommissaires. Il bénéficie de l'actif. Ulpien admet que lorsque plusieurs personnes recueillent un patrimoine dans ces conditions, il se produit entre elles une indivision, du type des indivisions héréditaires, qui sera partagée par l'action *familiae erciscundae* (2). La règle, formulée également par Ulpien, selon laquelle l'action *familiae erciscundae* est applicable aux cas d'*hereditas* établis par constitution impériale, justifie cette solution (3).

Cependant, un doute s'élève quant à cette justification. L'*addictio bonorum* est une acquisition universelle du patrimoine. Mais est-elle une *hereditas*, au sens strict du terme? Une première raison d'en douter se trouve dans le rôle même de l'*addictio bonorum*. Celle-ci n'intervient qu'à défaut d'acceptation par l'héritier testamentaire ou par l'héritier légitime (4). Aussi les jurisconsultes classiques en font-ils l'exposé à la suite de la disposition édictale *CUI HERES NON EXTABIT* (5). C'est là un premier motif de penser que l'*addictus* n'est pas un *heres*, et qu'il ne recueille pas une *hereditas*. Une seconde raison, plus décisive, nous est fournie

(1) I. J., III, 11.

(2) (60 *ad ed.*), D. 40, 5, *de fideic. libert.*, 4, 23 : *Si duobus pluribusve addicta fuerint bona, et communem rem et communes libertos habebunt et secum familiae herciscundae judicio experientur.*

(3) D. 10, 2, 2, *pr.* (*supra*, p. 115, n. 2). — En ce sens, Berger, *Teilungsklagen*, p. 21; Biondo Biondi, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane* (Ext. des *Ann... di Perugia*, t. II (1913), p. 5).

(4) L'héritier légitime serait appelé au cas de défaillance de l'héritier testamentaire. Ce n'est donc qu'à défaut du premier que l'*addictio* peut se produire. Ulpien, D. 40, 5, 2 et 4, *pr.*

(5) Lenel, *Edictum*, p. 417.

par Ulpien, qui, sans insister sur le titre juridique de l'*addictus*, déclare qu'il doit être assimilé au *bonorum possessor*, et qu'à ce titre il a les *jura sepulchrorum* (1). Doit-on conclure de là que l'*addictus bonorum* est un *bonorum possessor*? Ce serait peut-être forcer la pensée d'Ulpien, qui ne fait qu'établir une analogie. Son dessein est de montrer l'étendue des droits reconnus à celui qui fait l'*addictio bonorum*, droits qui l'élèvent au niveau du *bonorum possessor* sans cependant lui conférer le titre d'*heres*. Mais l'*addictio bonorum* ayant été établie par une constitution impériale, source de droit civil, on ne peut assimiler totalement celui qui l'exerce à un *bonorum possessor*, dont le titre n'est fondé que sur une disposition prétorienne. C'est en raison de cette origine que nous avons rattaché l'*addictio bonorum* à la succession du droit civil, tout en reconnaissant qu'elle n'était pas une hérédité.

Si Ulpien admet dans un cas analogue, selon lui, à celui de la *bonorum possessio*, une indivision héréditaire, n'est-ce pas la preuve que la *bonorum possessio* peut, elle aussi, être une cause d'indivision héréditaire, au sens où nous avons défini cette notion, c'est-à-dire l'indivision d'un patrimoine global et non pas simplement d'objets individualisés? C'est cette question qu'il nous faut maintenant examiner.

II. — L'existence entre *bonorum possessores* d'une indivision successorale soumise à l'action *familiae erciscundae* est affirmée dans deux textes du Digeste, plaçant leurs allégations sous l'autorité d'Ulpien. L'un d'eux déclare nettement que cette action « est également possible entre *bonorum possessores* et pour le fidéicommissaire » (2). L'autre, incidem-

(1) Ulpien (60 *ad ed.*), D. 40, 5, *de fideic. libert.*, 4, 21 : *Is autem cui bona addicta sunt bonorum possessori adsimilari debet et secundum hoc et jura sepulchrorum poterit habere.*

(2) (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 24, 1 : *Familiae erciscundae judicium et inter bonorum possessores et inter eum cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatus consulto et ceteros honorarios successores locum habet.*

ment, implique la même règle en refusant l'action *familiae erciscundae* directe à l'adrogé bénéficiaire de la quarte Antonine *quia hic neque heres neque bonorum possessor fit* (1). Mais des doutes sérieux se sont élevés quant au caractère classique de ces affirmations (2). Le premier passage s'exprime de façon incorrecte, pour désigner l'indivision résultant du fidéicommis (3). La mention qu'il fait des *ceteri honorarii successores* rappelle une formule courante de généralisation byzantine (4). Le texte ayant été retouché, on peut se demander si sa solution relative au *bonorum possessor* n'est pas, elle aussi, le produit d'une interpolation. Nous verrons de même (5) que, pour le second, la solution principale est sans doute l'œuvre des Byzantins, et l'on ne peut, par suite, attacher grande créance à l'incidente, qui la justifie.

La difficulté soulevée par ces textes ne porte d'ailleurs pas sur l'existence éventuelle d'une indivision entre héritiers prétoriens. Celle-ci ne saurait faire l'objet de discussion. C'est la nature de cette indivision, et l'action par laquelle on en poursuivra le partage, qui seules sont ici en cause : indivision d'un patrimoine, sanctionnée par l'action *familiae erciscundae*, ou indivision de choses particulières relevant de l'action *communi dividundo* (6).

Le problème ainsi posé dépasse de beaucoup le domaine de notre étude. C'est de la nature reconnue à la *bonorum possessio* successorale en droit classique que dépend celle de l'indivision en cette espèce. Si le *bonorum possessor* n'est qu'un successeur aux biens particuliers, l'indivision ne sera qu'une indivision portant sur certains biens. S'il est un suc-

(1) (*eod.*), D., *h. t.*, 2, 1.

(2) Biondo Biondi, *Legittimazione processuale* (*op. cit.*), p. 6-41 ; Audibert, *N. R. H. D.*, 1914, p. 646.

(3) *Infra*, p. 132, n. 2.

(4) Biondo Biondi, *op. cit.*, p. 14, 16 et 31, n. 3.

(5) *Infra*, p. 432-433.

(6) Pour cette dernière solution, Biondo Biondi, *op. cit.*, p. 38 ; Audibert, *loc. cit.*

cesseur universel, l'indivision présentera le caractère de généralité des indivisions successorales. La réponse à cette question permettrait seule de se prononcer sur le caractère classique ou non des deux textes en discussion.

Nous ne pouvons ici entreprendre l'examen de ce vaste problème, et nous ne ferons que signaler les termes dans lesquels il se pose.

C'est par l'examen des moyens de procédure accordés au *bonorum possessor* que l'on a coutume de fixer les caractères de cette institution. On a fait remarquer que les interdits *quorum bonorum* ou *quod legatorum* permettaient seulement à l'héritier prétorien d'obtenir les choses corporelles composant l'hérédité, et que l'exercice des créances et des dettes héréditaires n'avait été possible que par la concession des actions du défunt, le *bonorum possessor* étant tenu fictivement pour héritier. Cela paraît démontrer que le *bonorum possessor* ne recueille que des biens particuliers. On ajoute que la pétition d'hérédité *possessoria* ne fut sans doute créée qu'à l'époque byzantine, et que, par conséquent, toute action générale faisait jusque-là défaut au *bonorum possessor* (1).

Cette démonstration ne suffit pas cependant à prouver qu'à l'époque classique la *bonorum possessio* ne présentait pas un caractère d'universalité.

Alors même que l'on reconnaîtrait le caractère byzantin de la pétition d'hérédité *possessoria*, son absence en droit classique serait dans certains cas facilement explicable. Cette action a pour principal objet de trancher la contestation sur

(1) Des deux fr. du *Dig.* qui seuls composent ce titre (V, 5), le premier ne concerne pas la pétition d'hérédité, le second est interpolé. Quant aux deux textes où Girard (*Manuel*, p. 965, n. 7) croit trouver la preuve d'une pétition d'hérédité *possessoria* dès l'époque classique, l'un (D. 37, 4, 13, *pr.*) peut s'entendre des actions fictices ou des interdits concédés au *bonorum possessor*, et l'autre (D. 37, 10, 3, 13) interdit simplement à l'envoyé en possession *ex Carboniano S. C.* l'emploi des actions appartenant au *bonorum possessor* (*hereditatem petetere* ne permet pas d'affirmer, avec une absolue sécurité, qu'il s'agisse de la pétition d'hérédité. Biondo Biondi, *op. cit.*, p. 24, n. 2. — Cf. Lenel, *Edictum*, p. 181-182; Bonfante, *Corso*, VI, p. 431).

le titre d'héritier. Si l'existence d'un semblable moyen de droit était nécessaire pour l'hérédité civile, dont la dévolution était automatique, elle l'était beaucoup moins pour la *bonorum possessio*, au moins lorsque celle-ci était octroyée par le magistrat après une *cognitio causae* (*B. P. decretalis*). Et même dans les cas où la *bonorum possessio* était accordée séance tenante, son octroi supposait au moins quelque titre à l'impétrant, qui rendait moins fréquente la contestation de son droit.

Mais divers indices tendent à prouver que dès le droit classique le *bonorum possessor* était considéré comme recueillant un patrimoine. L'interdit *quorum bonorum* permettait de réclamer en bloc toutes les *corpora hereditaria* (1). C'est donc que, dans cette mesure au moins, le *bonorum possessor* acquiert un ensemble de biens.

Il est d'autre part une série de textes qui rapprochent le *bonorum possessor* de l'héritier civil ou qui signalent le caractère général de sa vocation. Sans doute M. Biondo Biondi a-t-il pu soutenir l'interpolation des fragments qui assimilent les deux situations, afin d'appliquer au *bonorum possessor* les règles établies pour l'*heres*. Mais les textes auxquels nous songeons ne font pas semblable assimilation. Ils montrent le parallélisme des deux institutions, et par là se rapprochent peut-être davantage de la conception classique (2). Il est, en

(1) Ulpien (67 *ad ed.*), D. 43, 2, *quorum bonorum*, 1, 1 : *Hoc interdictum... ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet.*

(2) Par ex. Ulpien (14 *ad ed.*), D. 37, 1, *de bon. poss.*, 2 : *In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur.* Gaius, III, 78 : *eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium successorem existere.* Cf. IV, 34.

De même, Paul (4 *ad Leg. Jul. et Pap.*), D. 50, 16, *de verb. sign.*, 138, déclare qu'*hereditas* désigne également la *bonorum possessio* et Ulpien (33 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 170, que le terme d'*heres* englobe tous les successeurs. M. Biondi (*op. cit.*, p. 11, n. 3) dit du premier de ces textes qu'il a « acquis dans la compilation une valeur générale et absolue qu'il n'avait pas dans l'œuvre originale du jurisconsulte ». Nous ne voyons pas le double sens que pourrait revêtir cette définition de Paul, et l'on peut d'autant moins lui en attribuer un particulier en droit classique que nous ignorons à quel propos elle était formulée (Lenel, *Paling.*, 946).

effet, bien certain que, si la *bonorum possessio* successorale fut à l'origine une simple protection prétorienne de la possession des *res hereditariae*, elle prit, au cours du droit classique, un développement tel qu'elle devint un second mode de transfert de la succession. La reconnaissance progressive des diverses *bonorum possessiones cum re* fit disparaître son infériorité la plus manifeste à l'égard de la succession civile. L'équivalence pratique des deux institutions est déjà impliquée par le texte de Gaius, qui signale l'emploi de la *bonorum possessio* par des héritiers civils (1). S'il faut reporter à l'époque byzantine l'assimilation théorique des deux modes de succéder, ainsi que les diverses conséquences que les textes en ont déduites, on n'est pas par-là même contraint de nier l'existence, en droit classique évolué, d'un droit général du *bonorum possessor* sur les *corpora hereditaria*.

Si telle fut la doctrine classique, elle dut admettre entre *bonorum possessores* l'exercice de l'action *familiae erciscundae*. On ne saurait fixer la date à laquelle cette solution fut reconnue. Elle semble le produit d'une insensible évolution de la *bonorum possessio*, la rapprochant progressivement de l'hérédité, plutôt qu'une réforme due à l'initiative d'un jurisconsulte. Gaius rapproche déjà l'héritier prétorien de l'héritier civil (2). A l'époque d'Ulpien le progrès serait réalisé (3).

On ne saurait dire si l'action *familiae erciscundae* était alors exercée sous forme directe ou sous forme utile. Le silence gardé sur ce point par le fr. 24, 1 (D. 10, 2) et l'interpolation dont il fut l'objet empêchent d'en tirer aucun enseignement. Tout au plus, pourrait-on, en faveur du caractère utile de l'action, faire valoir qu'elle n'est ici applicable que par une extension de son champ d'application normal, et que, peut-être, elle contenait la fiction de la qualité d'*heres* (4).

(1) III, 33 b, 34.
(2) III, 78 (*supra*, p. 130, n. 2).
(3) D. 10, 2, 24, 1 (*supra*, p. 127, n. 2).
(4) En ce sens, Berger, *Teilungsklagen*, p. 22 ; Lenel, *Edictum*, p. 110.

III. — L'indivision entre le fidéicommissaire et le fiduciaire, au cas de fidéicommis d'hérédité (1), nous est signalée par Ulpien, dans le même texte que celle entre *bonorum possessores* (2). Dans le régime juridique primitif (3) des fidéicommis d'hérédité, le bénéficiaire n'avait qu'une créance contre l'héritier grevé. Il ne pouvait y avoir entre eux d'indivision. Mais les inconvénients de ce système firent promulguer, en 55 ou 56 ap. J.-C. (4), le sénatus-consulte Trébellien, qui rend le fidéicommissaire, *jure praetorio*, titulaire des droits et obligations du défunt, pour la part correspondant à son institution. Il aura, pour faire valoir ses droits, des actions fictices, équivalentes aux actions héréditaires, et pourra être, dans les mêmes conditions, poursuivi par les créanciers successoraux. Sa situation n'est donc pas sans analogie avec celle de l'héritier. Gaius pourra dire qu'il est *quasi he-*

(1) Nous avons signalé plus haut (*supra*, p. 112) celle qui peut exister au cas de fidéicommis à titre particulier.

(2) D. 10, 2, 24, 1 (*supra*, p. 127, n. 2). Pour nous en tenir au passage qui nous intéresse ici : la mention du fidéicommissaire, l'interpolation du texte est évidente : l'indivision exige au moins deux personnes, or seul le fidéicommissaire est cité. *Inter* se trouve ainsi manquer d'objet. La seconde personne, oubliée ici, est, sans aucun doute, l'héritier fiduciaire : *eum qui restituit*, cité dans une note de Marcellus sur Julien (40 *Dig.*), D. 36, 1, *ad S. C. Trebel.*, 28 (27), 11 (*infra*, p. 133, n. 2). Le seul point délicat est de savoir où elle était indiquée dans le texte pur et quelle innovation byzantine l'a fait disparaître. M. Biondo Biondi (*Legittimazione processuale*, p. 10) estime que ce serait la mention des *bonorum possessores* qui prit à l'époque byzantine la place de *eum qui restituit*. M. Berger, au contraire, croit que ce sont les *ceteros honorarios successores*, dont le caractère byzantin est incontestable, qui se sont substitués à la mention du fiduciaire. C'est donc l'opinion que l'on adopte à l'égard de l'indivision entre *bonorum possessores* qui commande la restitution du texte. Pour les raisons données plus haut, et pour d'autres qui viendront en leur place (*infra*, chap. VIII), nous adoptons celle proposée par M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 20) : *Familiae erciscundae judicium et inter bonorum possessores et inter eum cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatus consulto et <eum qui restituit> [ceteros honorarios successores] locum habet.* En ce sens, Krüger, *Dig.*, *Supplementa*, p. 964.

(3) C'est-à-dire après leur reconnaissance et leur sanction par le droit positif.

(4) Girard, *Manuel*, p. 989, n. 3.

res (1). C'est à ce titre qu'il lui sera possible de réclamer sa part à l'héritier grevé par l'action *familiae erciscundae*, afin de faire cesser l'indivision existant entre eux (2). Cette indivision est de même nature que les indivisions héréditaires. Elle porte, comme elles, sur un patrimoine entier, dont les indivisaires ont chacun une quote-part (3). Par là, elle se différencie des indivisions entre colégataires ou cofidéicommissaires, ou même entre légataire de biens indivis et héritier grevé. Aussi, y avait-il lieu de la séparer de ces hypothèses, pour en rattacher l'étude à celle de l'indivision héréditaire.

Nous achevons ainsi cette description des causes d'indivision, sans prétendre d'ailleurs avoir épuisé toutes les hypothèses possibles, ni même avoir relevé toutes celles qui exercèrent la sagacité des jurisconsultes classiques.

Cet examen, nécessairement rapide, n'était pas inutile. Deux idées s'en dégagent, qui nous serviront par la suite. L'indivision n'a pas été ressentie par les jurisconsultes classiques comme une institution autonome. La variété même des sujets qu'il nous a fallu aborder en est une preuve. C'est à propos de la société, du voisinage, de la succession, des modes d'acquérir la propriété, de la vente, des donations, des legs, des fidéicommis, que l'indivision leur est apparue. Elle s'est présentée à eux, dans ces divers domaines, comme une simple « modalité » de la propriété. Et c'est là notre seconde remarque. L'indivision ne se distingue pas foncièrement du droit intégral. Elle n'en est, en quelque sorte, qu'un accident résultant de la pluralité des acquéreurs. Aussi les actes générateurs de la propriété sont-ils, dans certaines condi-

(1) Gaius, II, 253.

(2) Gaius (2 *fideic.*), D. 10, 2, 40 : *Si ex asse heres institutus rogatus sit mihi partem aliquam restituere, veluti dimidiam, utile familiae erciscundae judicium recte inter nos agetur.*

Marcellus, note sur Julien (40 *Dig.*), D. 36, 1, *ad s. c. Treb.*, 28 (27), 11 : *...Hoc idem necessario faciendum est, cum parte hereditatis restituta familiae erciscundae judicium inter eum qui restituit hereditatem et qui receperit accipietur.*

(3) Cf., n. 2, l'emploi par Gaius et par Marcellus du mot *pars*.

tions, générateurs d'indivision. Seul le voisinage fait exception. Ici l'indivision résulte de nécessités de fait. Elle est la condition nécessaire de la propriété, dans un certain type de vie sociale, et l'on ne pourrait la considérer comme une simple forme de la propriété.

L'importance de ces deux remarques apparaîtra davantage par la suite. La première a un intérêt historique : elle prouve qu'à l'époque classique l'indivision n'était pas considérée comme une institution spéciale, comme un « corps juridique » pour reprendre l'expression imagée de Ihering. On l'étudie accessoirement à d'autres problèmes, sans en faire la construction théorique. La seconde a un intérêt dogmatique. D'après cette simple étude « externe » des causes d'indivision, nous pouvons affirmer que sa nature n'est pas différente de celle de la propriété, qu'elle n'est, en réalité, qu'une « forme » de propriété.

CHAPITRE III

LA RECONNAISSANCE PROGRESSIVE DE L'INDIVISION POUR LES DIVERS DROITS

On a, dans le chapitre précédent, par désir de simplification, considéré l'indivision par rapport au seul droit de propriété. En réalité, elle peut porter sur d'autres droits, et c'est ici le lieu de rechercher quels étaient, à l'époque classique, les droits susceptibles d'indivision.

Avant d'entreprendre cet examen, il convient de remarquer qu'au point de vue purement logique deux conceptions de l'indivision peuvent ici s'opposer. La première, que l'on pourrait nommer matérialiste, n'admettra qu'une indivision portant sur des choses corporelles. Elle exige un substratum matériel, une *res corporalis*, objet indivis du droit. Dans cette conception, les seuls droits susceptibles d'indivision seront ceux qui confèrent à leur titulaire la maîtrise de la chose : maîtrise de droit pour le propriétaire, maîtrise de fait pour le possesseur et le détenteur. Une extension naturelle fera également admettre l'indivision pour des droits d'énergie moindre, mais qui donnent cependant un pouvoir étendu et qui, dans leur exercice, diffèrent peu de la propriété : le *jus in agro vectigali* et la superficie. Dans tous ces cas il existe une *res corporalis*, qui pourra faire l'objet d'une division matérielle par le partage. Au contraire, les autres droits réels, et à plus forte raison les droits personnels, dont l'existence ne se concrétise point dans une maîtrise exclusive sur une chose, ne sauraient faire

l'objet d'indivision. L'absence de *res corporalis* n'en permettrait pas le partage. La seconde conception, plus large, ne se laisse pas arrêter par cette objection. Pour elle, tout droit serait susceptible d'indivision, sauf les droits de créances, dont l'objet est en général une valeur pécuniaire susceptible par suite de division automatique. L'indivision serait une *qualité*, affectant le droit, sans en modifier l'essence propre, et aucun motif ne justifierait sa limitation à certains d'entre eux seulement. La nécessité d'une chose corporelle, objet éventuel du partage, ne s'impose plus. Si le droit indivis ne confère que la jouissance de la chose, le partage portera sur cette jouissance. Ce sera une opération juridique sans correspondance matérielle, mais il n'y aura rien là qui soit en opposition avec l'idée d'indivision, simple modalité des droits.

L'opposition de ces deux conceptions nous permettra de déterminer plus facilement la doctrine classique en la matière. Les textes que nous devrons utiliser pour faire cet examen sont essentiellement les fragments du Digeste où les jurisconsultes classiques ont fait l'exposé de l'objet des actions en partage. Le titre *familiae erciscundae* (D. 10, 2) ne fournit que des renseignements épars : les lois 2, § 5, à 4, § 3, concernent les cas particuliers où les créances ne se divisent pas de plein droit; les lois 9, 10, 14, § 1, à 16, § 3, ont pour objet divers droits réels susceptibles d'indivision. Au contraire, le titre *communi dividundo* (D. 10, 3), après un texte général d'une formule très compréhensive (l. 4, *pr.*), contient un long passage d'Ulpien (l. 7), qui traite d'une façon détaillée de notre question. Avec les quelques compléments fournis par la loi 10, § 1, relative au partage de l'usage, c'est la loi 7 qui constitue le centre de la question, et c'est son étude qui nous retiendra principalement dans ce chapitre. Le texte d'Ulpien ne nous est d'ailleurs pas parvenu à l'état pur. Une simple lecture fait apparaître des inélégances de composition, résultat de remaniements postérieurs; l'examen des divers droits est fait dans plusieurs passages différents : les §§ 7 et 10 pour l'usufruit, 6 et 12-13 pour le gage. Les dis-

cussions sont annoncées, mais pas relatées; seule la solution est donnée, sans toujours être accompagnée d'une justification suffisante (par ex. *pr.*). Le texte fut donc modifié par les Compilateurs (1), et il faudra rechercher dans quelle mesure ils modifièrent les solutions classiques.

Nous étudierons successivement, en quatre sections, l'application de l'indivision à la propriété et à la possession, puis aux *jura in re aliena*, à la détention, enfin aux obligations.

SECTION I

La propriété et la possession.

I. — Il est hors de doute que l'indivision se soit appliquée dès l'origine à la propriété. La conception étroite que nous avons définie plus haut, et que son caractère matérialiste doit faire considérer comme la plus ancienne, se trouvait particulièrement à l'aise dans cette hypothèse. L'indivision du droit se concrétisait pleinement dans l'indivision de la chose, par suite de l'absorption du droit dans la chose. Le partage portant sur une chose matérielle pouvait, lui aussi, avoir un caractère matériel. C'est à cette application de l'indivision que se réfère Ulpien dans sa définition de l'action *communi dividundo* (2) : « *per hoc judicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus...* ». L'action tend au partage des choses corporelles dont on a la *propriété*. Les développements du chapitre précédent illustrent et confirment cette proposition.

Il suffira donc de noter que l'indivision pouvait s'appliquer aux quatre espèces de propriété connues du droit romain.

(1) En ce sens, Berger, *Teilungsklagen*, p. 29; Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 51, 55-56, 62, 65-67, 69-73; Lenel, *Edictum*, p. 212.

(2) (19 *ad ed.*), D. 10, 3, 4, *pr.* L'interpolation possible (*V. J. R.*; Arangio-Ruiz, *Istit.*, p. 148, n. 2) de *res corporales* dans ce texte ne fait pas obstacle à ce qu'il traite de la propriété.

Voir pour l'action *F. E.* : D. 10, 2, 9 (*infra*, p. 138, n. 1).

Pour la propriété quiritaire, la chose est d'évidence. C'est à elle qu'Ulpien fait allusion dans le passage ci-dessus.

La propriété prétorienne est visée par Ulpien, l. 7, § 2 (1). Ceux qui ont la protection publicienne peuvent exercer l'action en partage. C'est toujours, transposée dans le domaine du droit d'agir en partage, l'affirmation d'une indivision entre propriétaires prétoriens. Et par cette formule large il faut entendre aussi bien ceux qui ont acquis par un mode prétorien (tel que tradition de *res mancipi*, acquisition par le *bonorum possessor*, le fidéicommissaire, le *bonorum emptor*, le *missus in possessionem ex secundo decreto* au cas de *damnum infectum*, adjudication dans un *judicium imperio continens*, *addictio bonorum*, restitution d'un fidéicommis par simple pacte en vertu du S. C. Trébellien, etc.) que ceux qui ont acquis *a non domino*, mais de bonne foi (2).

Il n'y a dans ces conditions aucun motif de ne pas admettre une indivision de la propriété provinciale ou même pérégrine. La condition juridique du sol ou celle du propriétaire, qui sont les critères de ces deux types de propriété, ne saurait constituer un obstacle à cette possibilité. L'absence de texte, signalant ce cas spécial d'indivision, n'est pas non plus une raison décisive pour douter de son existence. Elle prouve simplement, ou qu'il était peu fréquent, ce qui est assez vrai-

(1) (20 *ad ed.*) : *Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo judicium possunt exercere.* Pour l'action *F. E.*, Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, 9 : *Veniunt in hoc judicium res, quas heredes usuceperunt, cum defuncto traditae essent : hae quoque res, quae heredibus traditae sunt, cum defunctus emisset...* Le texte ne précise pas qu'il s'agisse de propriété prétorienne. Mais la nécessité d'usucaper malgré la tradition laisse supposer que celle-ci n'a pas suffi à transférer la propriété quiritaire. L'emploi du parfait *usuceperunt* prouve que l'usucapion est achevée et donc que les héritiers sont maintenant propriétaires quiritaires. Mais, pendant le délai d'usucapion, ils n'étaient que propriétaires prétoriens et l'indivision existait cependant déjà.

(2) On ne peut, faute de texte précis, dire si l'action était donnée sous forme utile ou directe (pour la première solution, Berger, *Teilungsklagen*, p. 68; *contra*, Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 61; Lenel, *Edictum*, p. 213).

semblable pour la propriété pérégrine après l'édit de Caracalla, ou qu'il ne méritait pas d'attention spéciale, ne différant en rien de la propriété romaine (1).

Un texte pourrait même être invoqué comme preuve de l'indivision d'une propriété provinciale. C'est un fragment d'Ulpien, rapporté au Digeste (2), où le jurisconsulte déclare que l'action en partage peut être employée pour les *praedia, quae nostri patrimonii sunt*. Cette façon de désigner la propriété a paru suspecte à M. Lenel (3). Cet emploi de *patrimonium* au génitif est, en effet, peu courant chez les classiques (4). En outre, il peut paraître surprenant qu'Ulpien ait attendu aussi longtemps, dans son commentaire de l'action *familiae erciscundae*, pour dire que le partage est applicable aux biens dont on est propriétaire. C'est à eux que l'on songe tout d'abord, avant de signaler les hypothèses particulières où des créances peuvent faire l'objet de l'action, ou encore celles où l'on veut partager des troupeaux enlevés par les loups (5). Aussi M. Lenel a-t-il proposé de remplacer les termes suspects par l'expression *praedia stipendiaria vel tributaria*. Ce serait la propriété provinciale sous ses deux aspects, correspondant aux deux catégories d'impôt foncier sur les territoires conquis (6), qu'aurait visée Ulpien dans ce passage. On comprend alors que sa place ne soit pas la première dans l'énumération des droits susceptibles d'indivision.

(1) D'autre part, les Compilateurs ont pu laisser de côté les textes relatifs à la propriété provinciale, disparue depuis 531 (C. J., 7, 31, 1).

(2) (19 *ad ed.*), D. 10, 2, 10 : (*Veniunt in hoc judicium*) *item praedia, quae nostri patrimonii sunt, sed et vectigalia vel superficiaria : nec minus hae quoque res, quas alienas defunctus bona fide possidet.*

(3) *Paling.*, n° 632.

(4) Ulpien lui-même emploie l'expression *in patrimonio nostro* quelques lignes plus haut (D. 10, 2, 8, 1). De même Paul, D. 50, 16, *de verb. signif.*, 5, *pr.* : *quae in patrimonio sunt.* Cf. Gaius, *Inst.*, II, 1 : *quae in nostro patrimonio sunt. Patrimonium*, terme abstrait, est d'ailleurs assez rarement utilisé par les classiques. Ils lui préfèrent l'expression plus concrète de *bona*.

(5) D. 10, 2, 4, 6, 8 ; Lenel, *Paling.*, n° 632.

(6) Gaius, II, 21.

D'autre part, l'assimilation totale, opérée par Justinien entre les fonds quiritaires et les fonds provinciaux (1), explique que les Compilateurs aient effacé cette mention, y substituant une expression plus vague, dont la présence à cette place se justifie mal. L'interpolation, soutenue par M. Lenel, serait une conséquence lointaine de la réforme de l'usucapion, opérée par Justinien en 531.

Cette restitution prouverait l'existence d'une indivision des fonds provinciaux. Quelques doutes cependant subsistent quant à son bien-fondé. Les indices d'interpolation que l'on peut relever ici ne sont pas décisifs. *Patrimonium* se rencontre dans des textes classiques. La construction *quae patrimonii sunt* se retrouve dans d'autres passages d'Ulpien (2). La mention de la propriété en cet endroit peut s'expliquer en rapprochant notre texte d'un autre passage d'Ulpien qui, pour définir l'expression *bona*, énumère la propriété, la superficie et les choses possédées de bonne foi (3). Ce sont les mêmes termes qui se retrouvent dans notre texte. On peut se demander s'ils n'étaient pas, aux yeux d'Ulpien, représentatifs de l'ensemble d'un patrimoine. De même qu'il les emploie pour définir les *bona*, de même, commentant les termes de la formule *de familia erciscunda*, il les réunit pour exposer ce qu'il faut entendre par le mot *familia* (4). Malgré ces hésitations sur la restitution du texte proposée par le savant romaniste, les motifs rationnels subsistent d'admettre la possibilité d'une indivision pour la propriété provinciale aussi bien que pour la propriété quiritaire.

II. — L'indivision de la possession (5) a fait l'objet de

(1) I. J., 2, 1, *de rer. div.*, 40; C. J., 7, 31, *de usuc. transf.*, 1.

(2) *Infra*, n. 3.

(3) (59 *ad ed.*), D. 50, 16, *de verb. signif.*, 49 : *In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint.*

(4) Lenel, *Paling.*, n° 632, n. 2.

(5) Nous ne traitons ici que de la possession comme telle, nous réservant

controverses célèbres. Cujas, puis Savigny, en avaient nié la possibilité, déclarant contradictoires les idées de possession et d'indivision (1). Dans des exposés moins dogmatiques, et plus voisins des enseignements des textes, des auteurs modernes ont admis, au contraire, que l'indivision pouvait s'appliquer à la possession, sous réserve de certaines distinctions quant au genre de cette possession (2). Il convient en effet de préciser, avant d'entreprendre cette étude, le sens du terme *possessio*. C'est dans son acception étroite, où la possession s'oppose à la simple détention, que nous l'emploierons ici. Nous n'entendons traiter que de la *possessio civilis*, appuyée sur une juste cause et sanctionnée par une action, et de la *possessio ad interdicta*, laissant de côté la *possessio naturalis* ou détention (3).

Il faut tout d'abord signaler, pour l'écarter, un cas voisin de la copossession, mais où l'on ne saurait voir une indivision véritable. La possession n'est pas en effet une notion unique, désignant un seul genre de rapports juridiques. Sous cette dénomination générale, on peut entendre des situations dif-

d'examiner en leur place d'autres droits qui confèrent la possession, mais qui ne se limitent pas à cela : gage, usufruit, etc.

(1) Savigny, *Traité de la possession*, trad. d'Audelange, p. 162-187.

(2) Berger, *Teilungsklagen*, p. 66-91, spéc. p. 80-81 et 91; Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 65-68; Beseler, *Beiträge*, t. IV, p. 73-78; Seligsohn, *Justa Possessio* (*Freiburger Dissertation*, 1927). *C. R.* Eisser, *Z. S. St.*, t. XLIX (1929), p. 551.

(3) Cf. sur cette terminologie : Heumann-Seckel, *Handlexikon*, v° *Possidere*; Girard, *Manuel*, p. 289, n. 5, qui donne la bibliographie et résume les opinions récentes sur la question; y ajouter : Albertario, *La possessio civilis e la possessio naturalis nelle fonti giustinianee e bizantine* (Extrait des *Filangieri*, 1912, 34 p.); *Il possesso romano* (*B. Ist. D. R.*, t. XL (1932), p. 5-43); *La possession romaine* (*Tijdschrift*, t. XII, fasc. 1-2, p. 1-28); Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff...*, I, p. 194-221, qui critique les classifications de M. Riccobono, p. 200 sq.

Cette terminologie est la plus courante actuellement. Elle a le défaut de faire croire à une grande précision, là où il n'y a aucune communauté de langage, ni dans les sources (Accarias, *Droit romain*, t. I, p. 536, n. 1), ni chez les interprètes (par ex.: Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 311, appelle *possessio civilis* celle reconnue par le droit civil et *possessio naturalis* celle qui ne l'est pas).

férentes, et la qualification de possesseurs, appliquée à plusieurs personnes, à propos d'un même bien, n'implique pas toujours l'existence d'une indivision. Afin d'éviter toute confusion, nous qualifierons cette situation de concours de possessions, réservant le terme de copossession pour l'indivision véritable.

Les jurisconsultes classiques n'étaient pas unanimes à reconnaître la possibilité d'un concours de possessions. Un texte de Paul nous fait connaître leurs divergences en cette matière (1). Lui-même, reprenant une opinion de Labéon, y était hostile, et Celse partageait la même doctrine (2). Considérant la possession comme la maîtrise effective d'une chose, ils refusent d'admettre que deux personnes puissent l'exercer *pour le tout*, ensemble (3). Comme le faisait observer Savigny : « L'idée primitive de possession naturelle renfermait le pouvoir exclusif d'agir physiquement sur une chose ; de ce genre est la possession d'une pièce d'argent, que l'on tient dans sa main, et il est évident que relativement à une possession de ce genre il ne pouvait être question que d'une seule personne ».

(1) (54 *ad ed.*), D. 41, 2, *de adquir. vel amitt. poss.*, 3, 5 : *Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt : contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. idem Trebatius probabat existimans posse alium juste, alium injuste possidere, duos injuste vel duos juste non posse. quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat : quod est verius, non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.*

(2) D. 13, 6, *comm. vel contra*, 5, 15 : *Celsus filius... libro sexto digestorum... ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse.* L'interpolation, certaine pour d'autres passages de ce texte, ne paraît pas devoir être retenue pour cette phrase (*contra*, Kerr Wylie, *Solidarity*, p. 289 sq.), conforme à d'autres textes dont on ne discute pas le caractère classique.

(3) M. Beseler (*Beiträge*, t. IV, p. 74) croit que la justification : *contra naturam... videaris*, n'est pas de Paul. Cependant l'idée exprimée par cette phrase est sans doute celle qui détermina son opinion.

Trebatius, au contraire, admettait le concours d'une possession *justa* et d'une possession *injusta*, alors que, d'après lui, on ne saurait concevoir le concours de deux possessions *justae* ou *injustae* (1). Cette opinion était partagée par Julien (2) et par Ulpien (3).

Cette seconde doctrine (4) suppose une conception moins

(1) Le sens de ces termes est controversé. Savigny (*Possession*, p. 95) assimile *possessio justa* et *possessio non vitiosa* (*nec vi, nec clam, nec precario*). Mais le lien qu'il suppose entre D. 43, 17, 1, 9 et l. 2, pour établir ce rapprochement, n'est pas certain : l'un des textes est d'Ulpien, l'autre de Paul (Cf. Arangio-Ruiz, *Istit.*, p. 250). M. Hägerström (*Der römische Obligationsbegriff...*, t. I, p. 194, 209) croit qu'à l'époque classique la notion avait une valeur relative et que l'on possédait *juste* ou *injuste* selon que l'on avait ou non la protection possessoire à l'égard de telle ou telle personne. Ulpien (D. 10, 3, 7, 4; 43, 17, 3, *pr.*) appelle *possessio injusta* celle du voleur ou de celui qui possède *vi aut clam*. Au contraire, possèdent *juste* le précariste (D. 6, 2, 13, 1; 9, 4, 22, 1, si les textes ne sont pas interpolés, cf. *Index interp.* et *Suppl.*; la mention du précariste dans D. 10, 3, 7, 4 est interpolée, *infra*, p. 155, n. 1), le gagiste (D. 9, 4, 22, 1), celui *qui ex lucrativis causis rem accepit* (D. 6, 2, 7, 3), celui *qui auctore praetore possidet* (D. 41, 2, 11). Il semble, d'après ces exemples, que la *possessio justa* soit fondée sur un titre régulier, l'autre résultant d'une occupation illégitime (En ce sens, Pernice, *Labeo*, II, 1, p. 405, 406, n. 1; Cuq, *Inst. jur.*, p. 305). Aussi le précariste aurait une *possessio justa* bien que *vitiosa* (Pernice, *Labeo*, II, 1, p. 414; Ferrini, *Pandette*, p. 312, n. 1). Mais le caractère classique de cette solution est discuté.

(2) (49 *Dig.*), D. 43, 26, *de prec.*, 19, *pr.* : *Duo in solidum precario habere non magis possunt quam duo in solidum vi possidere aut clam : nam neque justae, neque injustae possessiones duae concurrere possunt.*

(3) (20 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 7, 4 : *Inter praedones autem hoc judicium locum non habet, nec si precario possideant locum habebit nec si clam, quia injusta est possessio ista, precaria vero justa quidem, sed quae non pergat ad judicii vigorem.* L'interpolation du passage n'est plus à démontrer (Cf. Berger, *Teilungsklagen*, p. 78-79, et les auteurs cités à l'*Index interp.*, *ad h. l.*). Mais la solution positive du texte semble bien être classique. Sa forme et les justifications sont seules byzantines (En ce sens, Berger, *Teilungsklagen*, p. 79, n. 2; Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 67, n. 2).

(4) Cujas (*Observ. et emend., Lib. IX, chap. XXXII*, t. III, col. 223; *Comm. in Tit. I, Lib. VI Digest., ad L. XXIV*, t. VII, col. 278 C; *in Tit. II, Lib. XLI Digest., ad L. III*, § 5, t. VIII, col. 246-247; *in Libri LIV Pauli ad Ed., ad L. III*, § *Ex contrario*, t. V, col. 694-695) attribuait à une doctrine sabinienne, qui ne triompha pas, la théorie du concours des possessions. La même idée a été reprise par M. Beseler (*Beiträge*, IV, p. 73-78). Le

étroite de la possession. L'idée de maîtrise immédiate et absolue s'oppose, en effet, à reconnaître le concours de deux possesseurs sur une même chose. Celui-ci n'est concevable que si l'on qualifie possesseur quelqu'un qui n'a pas cette maîtrise de la chose. Or, cette conception plus large de la possession est impliquée par certains textes (1). Trebatius, qui admettait le concours de deux possessions, en était un défenseur. Il soutenait, en matière d'occupation, une opinion hardie, qui n'a d'ailleurs pas prévalu. Selon lui, le chasseur qui avait blessé une pièce de gibier l'acquérait par le seul fait de la poursuite, avant même de l'avoir appréhendée (2).

Les distinctions mêmes, faites par Trebatius, entre les cas où le concours de possessions lui semblait possible et ceux où il se refusait à l'admettre, précisent sa conception. Il ne

texte de Paul oppose, en effet, Labéon et Sabinus. Mais le texte de Pomponius (*infra*, p. 146, n. 1) ou celui d'Ulpien (*infra*, p. 145, n. 1) peuvent difficilement s'entendre d'une opposition entre les deux écoles.

(1) Il n'est pas de notre domaine d'insister sur cette idée (V. par ex. Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 331). On pourrait l'étayer par de nombreux textes, par ex. D. 41, 2, *de adquir. vel amit. possess.*, 1, 21; 3, 1; 18, 2. Si la possession avait toujours exigé la mainmise personnelle et effective sur la chose, on n'aurait pu l'acquérir *per extraneam personam*. A l'inverse, elle ne se serait pas maintenue dans des cas où la maîtrise de fait a cessé (*Sent.* de Paul, 2, 31, 37; D. 41, 2, 3, 11). Si elle n'avait pu s'exercer que sur des objets matériels, on n'aurait pu parler de possession d'un statut (Édit de Claude sur la condition des Anauni, 46 ap. J.-C. (Girard, *Textes*, p. 189) : *cum longa usurpatione in possessionem ejus (civitatis Romanae) fuisse dicitur*) ou d'un droit. Si la théorie de la *juris possessio* est byzantine, certains de ses cas d'application semblent être apparu dès l'époque classique. C'est ainsi que Gaius, IV, 139, parle de *quasi possessio* pour désigner celle des *jura in re*. Contre l'interpolation de ce texte, soutenue par M. Albertario (*Origine postclassica del possesso dell' usufrutto*, *B. Ist. D. R.*, 1912), cf. Girard, *Manuel*, p. 408, n. 1 et Arangio-Ruiz, *Istit.*, p. 255, n. 1.

(2) Gaius (2 *rer. cot.*), D. 41, 1, *de adquir. rerum dom.*, 5, 1 : *Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. Trebatio placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse.*

D'ailleurs, même une conception strictement matérialiste de la possession n'est pas, quoi qu'en dise Paul, un obstacle absolu à la copossession (Pernice, *Labeo*, II, 1, p. 415).

le reconnaît que lorsque les possessions ne sont pas de même nature. Elles coexistent alors, sans se condamner réciproquement. Il n'y a pas pluralité de titulaires pour un même droit, mais pluralité de droits de qualification identique.

Un texte d'Ulpien, relatif à l'interdit *uti possidetis*, fait apparaître le caractère particulier de ce concours (1). Il suppose qu'un possesseur, ayant une *possessio justa*, en a été dépouillé *vi*, *clam*, ou par un voleur. Dans ce cas, le spoliateur acquiert une *possessio injusta*. Si, troublé dans sa possession, il intente l'interdit *uti possidetis* contre le premier possesseur, celui-ci le repoussera, en lui opposant le vice de sa possession. Au contraire, à l'encontre de tout autre, l'interdit réussira. C'est donc que la possession primitive n'a pas disparu. Elle coexiste avec la *possessio injusta*. Il y a concours des possessions.

Aussi Sabinus, au témoignage de Paul (2), signale-t-il le précaire comme un exemple de concours des possessions. Le précariste possède d'une façon matérielle, *corpore*, en vertu de la concession à précaire. Le concédant conserve sa possession primitive. Il reste possesseur *animo*, *jure dominii*. La connaissance de la concession à précaire ne s'y oppose pas ; celle-ci est révocable à volonté, et n'implique pas renonciation à son droit (3). Ces deux possessions diffèrent dans leur nature : l'une existe *animo*, l'autre *corpore*. Elles diffèrent également dans leurs effets : l'une est une *possessio ad usucapionem*, l'autre une *possessio ad interdicta* (4). Elles sont

(1) (69 *ad ed.*), D. 43, 17, *uti possidetis*, 3, *pr.* : *Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum. quod qualiter procedat, tractemus, si quis proponeret possessionem justam et injustam. ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam : si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me neuter nostrum vincetur : nam et tu possides et ego.* M. Beseler (*Beiträge*, III, p. 123 et IV, p. 76) croit le texte interpolé. Sur le caractère particulier de ce concours, Cornil, *Traité de la possession dans le droit romain* (Paris, 1905), p. 337-342.

(2) *Supra*, p. 142, n. 1.

(3) Pernice, *Labeo*, II, 1, p. 416-417.

(4) Le précariste a les interdits, mais il ne peut usucaper (Cuq, *Inst. jur.*, p. 311, 505).

sur deux « plans » distincts, et le cas du précaire est conforme à la règle de Trebatius. Cette conception n'avait cependant pas été admise sans certaines hésitations, auxquelles fait encore allusion Pomponius, tout en semblant, en définitive, l'accepter (1).

De même, la prise de possession opérée *clam* ne fait pas cesser celle du précédent occupant. Celui-ci continue à posséder *animo solo*, du moins jusqu'à ce qu'il ait connaissance de l'empiétement (2). Dans ce cas, par conséquent, le concours de deux possessions est certain (3).

Même dans ces hypothèses, on ne saurait parler d'indivision. Les textes ne font aucune allusion à une *communio*. Ils emploient l'expression *duo in solidum possidere* (4), indi-

(1) (29 *ad Sab.*), D. 43, 26, *de prec.*, 15, 4 : *Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium : an is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est. placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione.* M. Beseler (*Beiträge*, IV, p. 77) croit que la solution donnée par ce texte est l'œuvre des Compilateurs et qu'il est impossible de savoir quelle était celle de Pomponius.

(2) Ulpien (70 *ad ed.*), D. 41, 2, *de adquir. vel amitt. poss.*, 6, 1 : *Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit : retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit...* Cf. aussi D., *h. t.*, 3, 7 (Paul); 18, 3 (Celse); 25, 2 (Pomponius); 46 (Papinien). Toutefois la finale *retinet... abiit* paraît interpolée à Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 322; à Perozzi, *Istit.*, I, p. 848, n. 1 et 882, n. 2, et à M. Beseler (*Beiträge*, IV, p. 74), qui considère cependant l'idée comme exacte.

(3) Ce concours n'existe pas au cas de possession acquise par violence. Le possesseur évincé a perdu la possession (Pomponius, 23 *ad Q. Mucium*, D. 41, 2, *de adquir. vel amitt. poss.*, 25, 2; Paul, 54 *ad ed.*, D., *h. t.*, 3, 8). Ulpien (D. 43, 17, 3, *pr.* : *supra*, p. 145, n. 1) cite une hypothèse qu'il ne fait pas sienne. Peut-être même veut-il condamner la théorie du concours des possessions; il montre les résultats inadmissibles auxquels elle aboutirait ici en décidant qu'aucune des deux parties ne pourrait triompher dans l'interdit *uti possidetis* (Accarias, *Droit romain*, t. I, p. 538, n. 1; *contra*, Pernice, *Labeo*, II, 1, p. 415, n. 5).

(4) D. 41, 2, 3, 5 (Paul) : *plures... in solidum possidere*; 43, 17, 3, *pr.* (Ulpien) : *Si duo possideant in solidum*; 43, 26, 19, *pr.* (Julien) : *Duo in solidum precario habere* ; 13, 6, 5, 15 (Celse) : *duorum in solidum posses-*

quant ainsi la coexistence de deux possessions distinctes, non l'exercice par plusieurs d'une seule possession. Aussi Ulpien déclare-t-il que l'action *communi dividundo* n'est pas applicable, et que les interdits suffisent à régler les conflits entre les deux possesseurs (1). Les interdits récupératoires ont en effet pour objet la restitution de la chose au possesseur légitime et, par là, font disparaître la possession violente, clandestine ou précaire. Ils apparaissent comme le moyen normal de faire cesser le concours entre les deux possessions. Si ce dernier ne relève pas de l'action *communi dividundo*, c'est la preuve évidente qu'il ne constitue pas une indivision (2).

sionem esse. Un seul texte s'exprime différemment : *placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset* (Pomponius, D. 43, 26, 15, 4). Mais cette formule est suspecte (*supra*, p. 146, n. 1).

(1) (20 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 7, 5 : *Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc judicium dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum qui vi deiecit interdictum reddi. et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc judicium, quia et de precario interdictum datur. sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait cessare hoc judicium :* [*nam de clandestina possessione competere interdictum inquit*].

L'interpolation de la dernière phrase, déjà signalée par Kniep, *Vacua possessio* (Iéna, 1886), p. 471, est admise par Perozzi, *Istit.*, t. I, p. 882, n. 1, suivi par M. Arangio-Ruiz, *Istit.*, p. 251.

(2) Cette solution est confirmée par les sc. des Basiliques sur ce passage : XII, 2, 7, sc. Καὶ οἱ δυνάμενοι, ὁ κινῶν (Cyrille) et οἷον ἔαν (Heimbach, t. I, p. 799-800).

La même argumentation pourrait être opposée aux hypothèses où Cujas a voulu voir le concours de deux propriétés (*Comm. in Tit. I, de reivindicat., Lib. VI Dig., ad L. XXIV*, t. VII, col. 277 D) : par ex. propriété du *jus quiritium* au vendeur qui a fait tradition mais non mancipation et propriété du *jus naturale* à l'acquéreur; dot, qui est *in bonis mariti, id est, est mariti jure naturali quia ei tradita est, tamen mulieris est, jure scilicet civili* (*eod.*, 277 E). Cujas conclut, d'ailleurs (*eod.*, 278 C), qu'en réalité : *neque domini, neque possessores duo possunt esse ejusdem rei in solidum... et ideo in vindicatione proprietatis et possessionis alter vincet alterum, ut emptor vincet venditorem et maritus cui dos tradita, manente matrimonio vincet uxorem*. Il fournit lui-même la preuve qu'il n'y a pas copropriété, en citant un texte d'Ulpien qui déclare que les acquisitions de l'esclave vendu sans qu'il en ait été fait mancipation profitent à l'acquéreur (*eod.*, 278 A).

Au contraire, Ulpien se réfère à une hypothèse de copossession véritable, lorsqu'il déclare l'action *familiae erciscundae* applicable aux choses que le défunt possédait de bonne foi (1). Cela suppose que l'indivision héréditaire peut comprendre des biens dont le défunt n'était que possesseur, et dont ses héritiers deviennent copossesseurs indivis.

Ce n'est pas seulement l'indivision successorale qui offre un exemple de copossession. Celle-ci est possible, d'une façon très générale, ainsi que l'indique Ulpien à propos de l'action *communi dividundo*. Cette action peut être utilisée entre ceux « *qui in rem Publicianam habent* » (2). C'est la preuve d'une indivision entre possesseurs de bonne foi, acquéreurs *a non domino* ayant juste titre et bonne foi. En effet, l'action publicienne leur appartient aussi bien qu'aux propriétaires prétoriens (3), et la généralité des termes employés par Ulpien permet de penser qu'il avait en vue ces deux groupes de personnes.

Le paragraphe suivant confirme cette solution, en déclarant, dans une formule générale, que l'action *communi dividundo* est applicable « *si tamen justa causa est possidendi* » (4). Mais l'authenticité du passage a été très vivement contestée. Les traces de remaniements y sont en effet indéniables (5). Faut-il conclure de ces indices au caractère purement byzantin du texte? Certains auteurs l'ont pensé. C'est ainsi que M. Berger tient le paragraphe tout entier pour

(1) (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 10 (*supra*, p. 139, n. 2).

(2) D. 10, 3, *C. D.*, 7, 2 (*supra*, p. 138, n. 1).

(3) Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne...*, t. I, p. 40-47; Girard, *Manuel*, p. 376; Huvelin, *Cours élémentaire de droit romain*, I, p. 542-543.

(4) Ulpien (26 *ad ed.*), D. 10, 3, 7, 3 : *Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat, si tamen justa causa est possidendi, utile communi dividundo competit, ut puta si ex causa indebiti soluti res possideatur.*

(5) Mauvaise rédaction des deux premières propositions : « *ex quibusdam ...est possidendi* ». Il faudrait « *ex quibusdam autem causis* < *ubi* > *vindicatio cessat* » (en ce sens, Mommsen, *Dig.*; Eck, *Doppelseiteklagen*, p. 107; Collinet, *N. R. H. D.*, 1910, p. 163), ou bien *ex quibus*[*dam*] (Lenel, *Edictum*, p. 213, n. 1), absence de *actio* ou de *judicium* (Collinet, *eod.*, p. 157, 163 et 164), *competit* au lieu de *dari debet* (*V. J. R.*, I, 847, 10; Krüger, Z. S. *St.*,

l'œuvre des Byzantins. Le texte, dit-il, n'est qu'un essai maladroit de généraliser la formule du précédent paragraphe. Celui qui a la Publicienne a en effet une *justa causa possidendi*. Partant de l'exemple donné par Ulpien au § 2, les Compilateurs ont formulé cette règle : celui qui a une *justa causa possidendi* a l'action *communi dividundo*. Aussi le § 3 aurait-il dû débuter par *enim* et non par *autem*, puisqu'il ne fait que justifier la solution du paragraphe précédent. Il ne peut, en effet, s'opposer à ce dernier. Le § 2 parle de la Publicienne, le § 3 du cas où il n'y a pas possibilité de revendication. Ces deux cas ne sont pas opposés, car la Publicienne n'est pas une revendication. *Autem* est donc injustifiable (1). Le rapprochement du texte avec le paragraphe suivant confirme cette idée. Le § 4 lui aussi commence par *autem*; cet adverbe n'est pas plus justifié ici. Mieux eut valu *denique*. Mais, en reliant directement le § 4 au § 2, l'enchaînement logique est rétabli. *Autem* se justifie, puisqu'après avoir parlé de ceux qui ont la Publicienne, on parle de ceux qui ne l'ont pas. Et si le § 3 commence par *autem*, c'est que les Compilateurs l'ont trouvé dans la phrase devenue le § 4. Ils l'ont gardé, sans voir qu'il ne convenait pas pour la phrase intercallée (2). On ne saurait d'ailleurs invoquer le § 9 pour confirmer la pureté du § 3. Il déclare que les envoyés en possession *ex secundo decreto* ont l'action *communi dividundo* directe, parce qu'ils ont la revendication. Or cela est inexact : ils ont la Publicienne, non

t. XVI (1895), p. 2 et *Dig.*; Segré, *Foro italiano*, 1907, 1, p. 1251). En outre, l'exemple donné est, comme l'avait déjà indiqué Cujas (*Comm. in Tit. III, Comm. Div., Lib. X Dig., ad L. VII*, t. VII, col. 573 E), inexact; celui qui a reçu le paiement de l'indu a le *dominium*, donc la revendication. Il proposait de le remplacer par *ex causa jus jurandi*. En effet, celui qui a juré que la chose qu'il possède n'appartient pas au demandeur a l'action publicienne, D. 6, 2, *de Publ.*, 7, 7. D'autres auteurs ont proposé : *ex causa* [*in*]*debiti soluti* [*res*] < *fiducia* > *possideatur* (Lenel, *Edictum*, 2e éd., p. 206, n. 5; Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 65, n. 4; Krüger, *Dig.*). *Contra*, Berger, *Teilungsklagen*, p. 74.

(1) Berger, *Teilungsklagen*, p. 73-75.

(2) *Eod.*, p. 77, n. 1, et 80.

la revendication (1). Ce texte, lui aussi, est interpolé et ne peut fournir d'argument favorable à la pureté du § 3.

Cette sévère critique n'est cependant pas pleinement convaincante (2). Elle repose sur l'idée que la Publicienne n'est pas une revendication, et que seuls des Byzantins ont pu opposer les cas où il n'y a pas de revendication à ceux où la Publicienne est admise (3). Cette conception étroite du terme *vindicatio* n'est pas celle des textes (4). Ceux-ci entendent par là bien d'autres actions que celle en revendication (5). Gaius déclare que les *vindicationes* comprennent toutes les actions *in rem*, par opposition aux actions *in personam* (6). Plus loin, il présente la Publicienne comme une action fictice (7). On peut la qualifier de « revendication fictice », en présence des termes de Paul : « *Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur* » (8). De même, dans un passage inspiré d'un auteur classique, Justinien (9) l'oppose à la *directa in rem actio*. Aussi les auteurs appellent-ils fréquemment la Publicienne une revendication (10). Et montrant comment, dès l'époque de Julien, elle prend le pas sur la revendication

(1) *Eod.*, p. 77 et 87.

(2) Elle est approuvée par M. Kübler, *Kritische Vierteljahrsschrift*, 1914, p. 44. — *Contra*, Fehr (*Z. S. St.*, t. XXXIII (1912), p. 577-578), qui ne condamne que la première phrase; Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 65-67; Albertario, *Actio communi dividundo* (*Studi di Pavia*, 1913, p. 79-80).

(3) Berger, *Teilungsklagen*, p. 75, n. 1.

(4) Heumann-Seckel, v° *Vindicare*.

(5) Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 66, n. 3.

(6) Gaius, IV, 5 : *Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes...*

(7) Gaius, IV, 36.

(8) (1 *ad ed. praet.*), D. 44, 7, *de oblig. et act.*, 35.

(9) I. J., 4, 6, 4 : *Nullam habet directam in rem actionem...*, et plus loin : *vindicat suam esse.*

(10) Cujas (*loc. cit.*, t. VII), col. 572 E : *Qui rei vindicationem habent vel... vel Publicianam, ut bonæ fidei possessores*; 573 D : *vindicationem, quae dicitur publiciana*; Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 1225 : *vindicatio... praetoria*; Accarias, *Droit romain*, t. II, p. 856, revendication utile (Cf. *eod.*, n. 1); Albertario, *Actio C. D.* (*Studi di Pavia*, 1913, p. 81).

au sens strict, M. Appleton a pu écrire : « A plus forte raison, l'expression *utilis vindicatio*, *utilis in rem actio*, convient parfaitement à la Publicienne, puisqu'elle n'est pas autre chose qu'une revendication fictice et par conséquent *utile*, par opposition à la revendication *directe* » (1).

Ainsi se trouve réfuté le principal argument contre la pureté du § 3. En même temps se justifie la présence d'*autem* : si les cas où *vindicatio cessat* s'opposent à ceux où la Publicienne est accordée, cet adverbe est ici parfaitement à sa place.

Ces remarques suffiraient à rendre douteuse l'interpolation totale du texte. On peut ajouter que l'explication qui en est donnée n'est pas satisfaisante. La formule « *si... justa causa est possidendi* » ne correspond pas à « *qui in rem Publicianam habent* ». Ceux qui ont la Publicienne sont ceux qui ont une *justa causa usucapionis*. Cette notion est plus étroite que celle de la *justa causa possessionis*, car il y a des *justae possessiones* qui ne confèrent pas la Publicienne, telle celle du créancier gagiste ou du précariste (2). On ne peut donc établir une concordance parfaite entre la Publicienne et la *justa causa possessionis*. Pour toutes ces raisons, il semble que l'on puisse admettre la pureté du texte, du moins dans sa solution, sinon dans l'expression qui nous en est parvenue. La règle qu'il implique, c'est que l'indivision est possible en matière de possession *justa*, d'une façon très générale (3).

(1) *Histoire de la propriété prétorienne*, t. II, p. 47-48.

(2) Gaius (7 *ad ed. prov.*), D. 6, 2, *de Publ.*, 13, 1 : *Interdum quibusdam nec ex justis possessionibus competit Publicianum judicium : namque pigneraticiae et precariae possessiones justae sunt, sed ex his non solet competere tale judicium.* Cf. Riccobono, *Z. S. St.*, t. XXXI (1910), p. 335; Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 66. V. cependant Hägerström (*Der römische Obligationsbegriff.*, t. I, p. 209 et note) qui croit le texte totalement byzantin. *Contra,* Seligsohn, *Justa possessio*, p. 44. Le gagiste et le précariste n'ont qu'une possession *ad interdicta.* Ils ne peuvent usucaper et par suite ne sont pas dans les conditions requises pour bénéficier de la Publicienne (Girard, *Manuel*, p. 376). Inversement, il y a des cas où la Publicienne est donnée à des non-possesseurs (Cuq, *Inst. jur.*, p. 366, n. 1).

(3) Le § 3 n'est pas, comme le dit M. Berger, inutile. Le § 4 s'y réfère

Pour préciser davantage la nature de cette copossession, on doit ajouter qu'elle ne confère pas à chacun des ayants droit une maîtrise illimitée sur la chose et que, par ailleurs, elle doit porter sur une part déterminée de celle-ci. La première de ces règles est une conséquence de la notion de *corpus*, la seconde de celle d'*animus*.

D'après Julien, deux personnes ne peuvent avoir à précaire une chose *in solidum*, pas plus qu'elles ne peuvent la posséder *in solidum* par violence ou clandestinement (1). A la même époque, l'école adverse, représentée par Celse le fils, soutenait la même doctrine. D'après Ulpien, Celse aurait déclaré que la propriété ou la possession ne pouvait exister *in solidum* au profit de deux personnes (2). Or, il est bien évident que Celse ne songeait pas à mettre en doute la possibilité de la copropriété. L'existence de celle-ci ne saurait être discutée. Il veut simplement dire, et la suite du texte confirme cette interprétation, que la copropriété ou la copossession ne peut exister que si les droits concurrents se limitent réciproquement (*totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*). Deux personnes ne peuvent avoir sur la même chose une possession totale, absolument identique sous tous rapports à celle qu'aurait chacune d'entre elles sur sa propre chose (3). Elles ne peuvent avoir qu'une possession limitée par celle du copossesseur (4).

Cette première règle n'apparaît donc pas comme une par-

pour refuser l'action au voleur : *quia injusta est possessio ista, precaria vero justa.*

(1) (49 *Dig.*), D. 43, 26, *de prec.*, 19, *pr.* (*supra*, p. 143, n. 2).

(2) (28 *ad ed.*), D., 13, 6, *comm.*, 5, 15 : *...Celsus filius... libro sexto Digestorum... ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse : nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.*

(3) Accarias, *Droit romain*, t. I, p. 537-538.

(4) Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 427-428 : Celso... non intendeva escludere in generale la possibilità di due dominii sulla stessa cosa, ma solo la possibilità di una certa concorrenza di dominii e precisamente della concorrenza di essi *in solidum* sulla medesima cosa, volendo dire con ciò che la proprietà di una cosa non può nella sua pienezza appartenere a più personne.

ticularité de la copossession. C'est une conséquence de la notion même d'indivision, valable pour la propriété comme pour la possession. La nature propre de cette dernière, dominée pendant tout le cours du droit romain par la notion, sans cesse plus estompée, mais toujours persistante, de maîtrise matérielle sur la chose, allait au contraire imposer une condition nouvelle à l'existence de la copossession.

Si la possession exige une maîtrise effective sur la chose, il est nécessaire que celle-ci soit bien déterminée. On ne saurait l'exercer sur un *incertum* (1). Parmi les nombreuses conséquences de ce principe (2), une seule nous intéresse ici : l'impossibilité de posséder une *pars incerta*. Le principe en est affirmé très nettement par Pomponius, rapportant une opinion de Labéon (3). Le jurisconsulte présente l'impossibilité de la copossession dans ce cas comme une conséquence de la règle : *incertam partem possidere nemo potest*. Paul, à son tour, y voit un exemple de cette règle (4).

Au contraire, d'autres textes, contemporains des précédents et parfois émanant du même jurisconsulte, admettent la possession d'une *certa pars pro indiviso* (5). Celle-ci en effet fournit

(1) Cornil, *Possession*, p. 102.

(2) Par ex. l'impossibilité d'usucaper une *pars incerta*, l'usucapion exigeant la possession, D. 41, 4, *pro emptore*, 6, 1. Cf. aussi, D. 41, 2, *de adquir. vel amit. poss.*, 26.

(3) (32 *ad Sab.*), D. 41, 3, *de usurp. et usuc.*, 32, 2 : *Incertam partem possidere nemo potest : ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum* [*mera subtilitate*] *possidere Labeo scribit.* L'interpolation de *mera subtilitate* déjà soutenue par Alibrandi est très vraisemblable. Cette incidente est assez dans la manière byzantine. En outre, on comprendrait mal pourquoi Pomponius rapporterait cette opinion de Labéon, s'il la taxait de subtilité pure.

(4) (54 *ad ed.*), D. 41, 2, *de adquir. vel amit. poss.*, 3, 2 : *Incertam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis, ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere.*

(5) Pomponius (26 *ad Q. Mucium*), D. 41, 2, *de adquir. vel amitt. possess.*, 26 : *Locus certus ex fundo et possideri et* [*per longam possessionem*] *capi potest et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emptione vel ex donatione vel qualibet alia ex causa. incerta autem pars nec* [*tradi*] *nec capi potest, veluti si ita tibi* [*tradam*] *: « quidquid mei juris in eo fundo est » :*

une détermination suffisante pour que l'*animus* du possesseur puisse se fixer sur une fraction de la chose. Cette possibilité de posséder une *certa pars pro indiviso* nous est le signe que si le principe *incertam partem...* a pris naissance sous l'influence de la conception matérialiste primitive de la possession, il a peu à peu perdu de vue son fondement premier. En effet, la difficulté est la même, qu'il s'agisse d'exercer le *corpus* sur une quote-part d'une chose non encore partagée matériellement, ou sur une chose dont on est possesseur dans une mesure indéterminée. C'est donc du point de vue de l'*animus* que la possession peut porter sur une quote-part intellectuelle; elle serait, au contraire, impossible sur une part indéterminée, par exemple parce que l'on ignore le nombre des copossesseurs, donc la fraction à laquelle chacun a droit (1). Ainsi se trouve précisée la nature de la possession qui peut faire l'objet d'une indivision. Au point de vue du *corpus*, il faut que la maîtrise de fait ne soit pas exclusive, mais puisse se concilier avec celle des copossesseurs. Au point de vue de l'*animus*, il faut que la détermination de la part soit suffisante pour que le titulaire puisse en concevoir l'existence, au moins dans sa pensée.

Une dernière précision doit enfin être donnée : la copossession ne pouvait exister entre précaristes, ni entre posses-

nam qui ignorat, nec [*tradere*] *nec accipere id, quod incertum est, potest.*

Ulpien (69 *ad ed.*), D. 43, 17, *uti possidetis*, 1, 7 : *Hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat.*

Les trois hypothèses sont celles de possession de tout le fonds, de possession d'une partie matériellement déterminée, de possession d'une fraction déterminée, mais non individualisée sur le terrain. *Pars* est en effet l'expression générique pour désigner la fraction matérielle ou simplement intellectuelle de la chose. Si l'on veut préciser qu'il s'agit de cette dernière seule, le terme employé est celui de *pars pro indiviso* (Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 429).

(1) D'autres textes confirmeraient cette idée : D. 41, 3, 32, 2 (*supra*, p. 153, n. 3) : *qui ignorent*; D. 41, 4, 6, 1 : *aliquos putem alienos et qui sint sciam... si ignorem...* C'est toujours quant à ses conséquences sur l'*animus* que la règle est présentée : Accarias, *Droit romain*, t. I, p. 541-542; Windscheid, *Pandektenrecht*, t. I, p. 758 et n. 12.

seurs *injuste* (1). Le motif de cette restriction est difficile à fournir (2). Si l'on peut penser que le refus de l'action *communi dividundo* aux possesseurs injustes, voleurs ou occupants clandestins, marque la volonté de ne pas reconnaître en droit leur situation (3), la même raison ne saurait être invoquée contre le précariste. On a voulu justifier le refus de l'action en disant que le concédant à précaire pourrait régler les conflits résultant de l'indivision entre les précaristes ; que la situation était temporaire et que si l'indivision entraînait des conflits, on les ferait cesser en révoquant la concession (4).

Ces explications ne sont pas inexactes, mais elles indiquent des remèdes pour parer au défaut d'action en partage plutôt qu'une justification satisfaisante de son absence (5).

Aussi bien, la doctrine classique ne fait-elle pas preuve d'une grande cohérence dans la question que nous venons d'étudier : encore qu'il soit possible de concilier certains textes, en apparence contradictoires, on se trouve, le plus souvent, en présence de solutions d'espèces dictées avant tout par l'analyse des intérêts en présence et par l'équité. On ne peut parler ici d'une véritable théorie. Ce sont des solutions particulières, qui seules nous sont parvenues, et il est peu de règles générales qui ne souffrent d'importantes exceptions. La question, fort pratique, a donné lieu à de nombreuses « décisions de jurisprudence ». Le résultat de ce

(1) D. 10, 3, *C. D.*, 7, 4 (*supra*, p. 143, n. 3). Le texte primitif ne parlait pas du précariste. M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 78-79) le démontre de façon pertinente. Cela semble être la conclusion nécessaire de l'interpolation de la fin du texte, qui est manifeste (Cf. *Index interp.* et *Suppl.*).

(2) On ne peut tirer aucun renseignement des motifs fournis par le texte lui-même, qui sont byzantins ou qui ne signifient rien (Berger, *Teilungsklagen*, p. 78-79).

(3) Explication d'ailleurs médiocre, car la protection interdictale, qui, malgré son caractère spécial, est cependant une protection juridique, ne leur est pas refusée.

(4) Berger, *Teilungsklagen*, p. 81.

(5) Elles deviennent inutiles, si l'on admet que le texte classique ne parlait pas du précariste.

travail est une construction peu harmonieuse, mais qu'une fâcheuse rigidité ne vient pas compromettre. On peut, sous réserve des exceptions signalées en leur temps, la résumer ainsi : admission du concours de plusieurs possessions de nature différente, cas voisin de l'indivision, mais ne se confondant pas avec lui, — admission en matière de *possessio civilis*, au sens le plus strict du terme (1), de l'indivision portant sur des parts intellectuellement déterminées et conférant à chaque copossesseur une maîtrise limitée sur la chose.

SECTION II

Les « jura in re aliena ».

On pourrait dire de la copropriété que c'est la forme primitive de l'indivision. Le témoignage de Trebatius atteste, par ailleurs, la possibilité du concours de deux possessions, dès la fin de la République. Il est, en outre, fort vraisemblable que, déjà bien auparavant, du moins en matière d'indivision héréditaire, la copossession avait été reconnue. Cette reconnaissance, pour la possession comme pour la propriété, était facilitée par l'existence d'une *res*, sur laquelle se concrétisait la *communio*, et par la possibilité d'en opérer une division matérielle. Au contraire, pour les *jura in re aliena*, qui ne peuvent s'incorporer aussi étroitement à la *res*, puisque celle-ci fait déjà l'objet d'un autre droit, propriété ou possession, cet élément concret, indispensable dans une conception primitive à l'existence de la *communio* et à la possibilité du partage, faisait défaut. La reconnaissance de l'indivision dans ces hypothèses suppose l'esprit juridique, libéré d'une conception matérialiste du droit, capable de s'élever à la notion de droits existant en eux-mêmes, sans les concrétiser dans

(1) C'est-à-dire à l'exclusion de la *possessio naturalis* que nous retrouverons plus loin et même de la *possessio ad interdicta* (*possessio vi, clam aut precario*) ; en ce sens, Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 67.

une union intime avec la chose à laquelle ils s'appliquent. Que ce développement de l'intelligence juridique ait été atteint dès les premiers jurisconsultes classiques, c'est ce qu'il n'est pas besoin de démontrer ici (1). Le seul point qui nous retiendra sera de fixer la date à laquelle la reconnaissance de l'indivision étant devenue possible, elle s'est, en réalité, effectuée.

Nous serons d'ailleurs bien souvent réduits à des approximations ou à des hypothèses. L'extension de l'indivision aux divers droits s'est faite au hasard des besoins pratiques, sa reconnaissance pour l'un aidant à celle du droit voisin. De théorie d'ensemble ou de mesure législative, il n'en faut pas chercher. Dans ces conditions, avec des sources de beaucoup postérieures et souvent sujettes à critique, on ne saurait arriver à une grande précision dans les recherches d'ordre historique que nous entreprenons ici.

1. — C'est en matière d'usufruit que l'extension fut sans doute tout d'abord réalisée. Les cas où l'usufruit peut appartenir en commun à plusieurs personnes sont cependant assez limités. Droit viager, l'usufruit ne saurait passer aux héritiers du bénéficiaire. Il ne peut être constitué, en faveur de plusieurs personnes, que par acte entre vifs ou par testament léguant un usufruit à plusieurs, ou la pleine propriété avec réserve de l'usufruit au profit des cohéritiers (2). C'est sans doute à

(1) M. Albertario (*Actio C. D., Studi di Pavia*, 1913, p. 79-83) refuse de reconnaître l'extension des actions en partage aux *jura in re aliena* dès l'époque classique. Il invoque en ce sens D. 10, 3, 4, *pr.* Mais rien ne permet d'attribuer une valeur limitative à ce texte. Celui-ci ne commande pas tous les textes relatifs au champ d'application de l'indivision. S'il est placé au début, c'est qu'il traite du cas le plus simple et le plus fréquent.

(2) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 14, 1 : *Usus fructus an in judicium deducatur, quaeritur : ut puta si deducto usu fructu fundus fuit ab heredibus legatus*; Paul (23 *ad ed.*), D., *h. t.*, 15 : *vel si servo hereditario usus fructus legatus sit : nec enim a personis discedere sine interitu sui potest.*

L'usufruit peut concourir avec la propriété. Mais dans ce cas il n'y a aucune *communio*, donc pas d'action *C. D.* Ce concours entre deux droits

un legs d'usufruit, au profit de plusieurs personnes, que se réfère le premier texte signalant l'exercice de l'action *communi dividundo*. Sabinus, au début de notre ère, l'avait refusé, alléguant qu'entre deux usufruitiers il n'y avait aucune *communio* (1). Un siècle plus tard Celse en aurait admis la possibilité (2). Son opinion ne fit pas cependant disparaître

différents est du même ordre que celui entre deux possessions de nature différente. Ulpien (2 *de omn. trib.*), D. 27, 9, *de rebus eorum...*, 6 : *Sed si forte alius proprietatem fundi habeat, alius usum fructum, magis est, ut cesset haec pars orationis, quae de divisione loquitur : nulla enim communio est.* Paul (40 (?) *ad ed.*), 7, 9, *usufr. quem. caveat*, 10 : *Si servi, qui nobis communis erat, usum fructum tibi legavero, necessaria erit haec cautio heredi meo : quamvis enim de proprietate possit communi dividundo experiri, tamen causa usus fructus, qui tuus proprius est, ad officium communi dividundo judicis non pertinebit.*

(1) Paul (9 *ad Plautium*), D. 45, 3, *de stipulat. serv.*, 32 : *Si, cum duorum usus fructus esset in servo, et is servus uni nominatim stipulatus sit ex ea re, quae ad utrosque pertinet, Sabinus ait, quoniam soli obligatus esset, videndum esse, quemadmodum alter usuarius partem suam recipere possit, quoniam inter eos nulla communio juris esset. sed verius est utili communi dividundo judicio inter eos agi posse.* On ne peut, à raison du motif invoqué par Sabinus, croire que le refus de l'action *C. D.* tienne à l'objet du litige (des règlements personnels entre indivisaires). D'après M. Masson (*R. H. D.*, 1934, p. 38-40) cette solution résulterait du caractère de « droit personnel », dont on ne peut concevoir l'indivision, que présentait l'usufruit à l'époque de Sabinus.

(2) Ulpien (18 *ad Sab.*), D. 7, 1, *de usufr.*, 13, 3 : *Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Julianus libro trigensimo octavo digestorum scribit aequissimum esse quasi communi dividundo judicium dari vel stipulatione inter se eos cavere, qualiter fruantur : cur enim, inquit Julianus, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest jurisdictione sua componere? quam sententiam Celsus quoque libro vicensimo digestorum probat, et ego puto veram.* La preuve que cette décision est intervenue en matière de legs d'usufruit est fournie par les diverses mentions des sources utilisées ici : Ulpien, L. XVIII *ad Sabinum* (*de usufructu et usu legato*; Lenel, *Paling.*); Julien, L. XXXVIII *Dig.* (*De legatis : ut ususfructus nomine caveatur*; *eod.*); Celse, L. XX *Dig.* (*De legatis*; *eod.*). Plusieurs passages du texte sont suspects. Mais comme seule la mention de Celse nous intéresse ici, nous ne nous attarderons pas à examiner ces critiques. Cette mention elle-même n'est peut-être pas absolument exacte, car le Livre XX des *Digesta* de Celse est antérieur au Livre XXXVIII des *Digesta* de Julien. Celse ne peut donc approuver l'opinion de Julien (Berger, *Teilungsklagen*, p. 39, n. 2). Mais si l'expression *probat* peut prêter à discussion, la men-

toute hésitation. Julien admet ici l'existence d'une indivision, mais éprouve quelque gêne à appliquer l'action *communi dividundo*. Il ne le fait qu'en invoquant l'équité et le désir d'éviter les contestations violentes. Et il a soin de qualifier l'action de *quasi communi dividundo judicium*. S'appuyant sur cette terminologie, M. Biondo Biondi a pu soutenir qu'il ne s'agissait pas de l'action *communi dividundo* ordinaire (1). Ce serait une action spéciale, d'ailleurs non précisée, qui seule aurait pu, en droit classique, être utilisée en matière d'indivision de l'usufruit. Sans permettre le partage ou l'adjudication de l'usufruit, qui supposent des choses corporelles, l'action aurait opéré un simple règlement de la jouissance. L'absence de *res* partageable n'aurait pas permis d'aller plus loin. Ainsi, M. Biondo Biondi ne se refuse pas à reconnaître l'indivision de l'usufruit, dès l'époque classique (2). Mais il

tion de l'opinion de Celse n'est pas interpolée. On conçoit mal que les Compilateurs aient inventé cette confirmation de la thèse de Julien et aient poussé l'habileté jusqu'à en citer, avec exactitude, le lieu.

(1) *Legittimazione processuale*, p. 49-53 ; allant plus loin que lui, M. Albertario (*Actio C. D.*, p. 92-93) a soutenu l'interpolation totale du passage *quasi... vel*, en faisant valoir que le terme *quasi* est un signe d'interpolation. Mais on peut objecter sa présence dans Gaius (IV, 139), dans un passage que, malgré certaines critiques, l'opinion dominante tend à considérer comme classique (*supra*, p. 144, n. 1).

Quant à déclarer que l'extension de principes sous l'influence de l'utilité ou de l'équité était inconnue des classiques, attachés à la rigueur d'une logique inflexible (p. 93), cela paraît peu conforme à la souplesse de la jurisprudence classique, reconnue par M. Albertario lui-même, *eod.*, p. 83 : « La giurisprudenza romana, che non sapeva star legata alle parole, me le parole interpretava e analizzava e svolgeva con una logica giuridica, che non a l'eguale al mondo ».

(2) Il déclare cependant (*Legittimazione processuale*, p. 49) que « classici per l'usufrutto non parlano mai di communio ». Mais il concède que plusieurs personnes peuvent exercer en même temps un usufruit, ce qui est bien en définitive une indivision. Quant à prétendre que Pomponius (D. 7, 8, *de usu*, 14, 2) et les *Sent.* de Paul (III, 6, 25) analysent la vraie nature de l'opération en parlant de *concurrere in usu*, c'est forcer le sens des textes et les utiliser inexactement. Tous deux concernent la même hypothèse : concours de l'usufruit et de l'usage. Ils traitent du concours de deux droits différents, non de l'indivision d'un seul droit : l'usufruit. Il ne servirait à rien d'alléguer que l'usufruit comporte le droit d'usage, car alors on ne pourrait voir dans

en signale, avec raison, le caractère très spécial, tenant à ce que l'indivision est celle d'un droit et non d'une chose. Où l'on a plus de peine à partager ses vues, c'est lorsqu'il se refuse à admettre l'emploi de l'action *communi dividundo*, déclarant qu'il faut, sous ce terme, entendre une action spéciale — d'ailleurs parfaitement inconnue — qui ne fait que régler la jouissance, sans permettre le partage du droit. C'est, semble-t-il, refuser d'admettre l'évidence, pour défendre *a priori* l'importance de l'apport byzantin, que de se condamner à déclarer fautives toutes les mentions de l'action *communi dividundo* et de les remplacer par l'hypothèse d'une action mal définie et complètement ignorée des textes. La méthode adoptée pour établir ce résultat empêche d'ailleurs d'en discuter le bien-fondé. C'est résoudre la question par la question que de dire interpolées les mentions de l'action *communi dividundo* en notre domaine, sous prétexte que celle-ci ne pouvait être admise par les auteurs classiques. Il nous semble plus prudent, respectant davantage l'état de nos documents, d'admettre, jusqu'à plus ample informé, la possibilité de régler par l'action *communi dividundo* les rapports entre co-usufruitiers.

L'influence de Julien en faveur de la reconnaissance en cette matière de l'action *communi dividundo* fut sans doute prépondérante. Dans un autre passage, traitant des servitudes, il signale à nouveau l'intérêt et l'utilité d'en admettre la possibilité, mais désireux d'accroître le poids de son propre jugement il le confirme par l'assentiment de plusieurs jurisconsultes (1). On ne sait malheureusement pas ceux auxquels il

ces textes que le concours de deux droits d'usage et non celui de deux usufruits.

(1) (41 *Dig.*), D. 43, 20, *de aqua cot.*, 4 : *...sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur, non erit iniquum utile judicium reddi, sicut inter eos, ad quos usus fructus pertinet, utile communi dividundo judicium reddi plerisque placuit.* M. Albertario (*Actio C. D.*, p. 94) soutient l'interpolation de la fin du texte. Mais l'expression *utile communi dividundo judicium* semble à l'abri de tout soupçon ; outre la présence de *judicium*, fréquemment omis par les Compilateurs, le terme *utile* paraît

faisait allusion (1). Le texte prouve simplement que, dès avant Julien, plusieurs jurisconsultes, dont Celse, avaient reconnu l'existence, en notre matière, d'une indivision, relevant de l'action *communi dividundo*.

Malgré l'appui de ces autorités, l'indivision de l'usufruit ne paraît pas s'être imposée sans discussion aux jurisconsultes de l'âge suivant. A la fin du IIe siècle ou au début du IIIe (2), Paul et Ulpien ne présentent encore sa reconnaissance que comme une opinion personnelle, susceptible d'être contestée. Le premier (3), repoussant l'opinion négative de Sabinus, déclare plus exact d'admettre la possibilité d'une action *communi dividundo*. Le second (après avoir rapporté les opinions de Celse et de Julien favorables à l'existence de l'indivision de l'usufruit et à sa sanction par une action *communi dividundo*) déclare la question discutée; mais il croit, pour sa part, que le juge de l'action *familiae erciscundae* a le pouvoir de faire

classique, car à l'époque byzantine la distinction des actions directes et utiles a perdu tout intérêt, comme le fait observer ailleurs (p. 98-99) M. Albertario lui-même.

(1) Berger, ***Teilungsklagen***, p. 38-39.

(2) Les *libri ad Plautium* de Paul sont postérieurs à la mort de Marc-Aurèle (180) (Fitting, ***Alter und Folge***, p. 90). Le Livre XIX *ad ed.* d'Ulpien est du règne personnel de Caracalla (211-217) (*eod.*, p. 105).

(3) D. 45, 3, 32, *supra*, p. 158, n. 1. M. Biondo Biondi (***Legittimazione processuale***, p. 53-56) soutient l'interpolation de l'opinion de Paul (***sed verius... agi posse***). Des trois raisons qu'il fait valoir, une seule semble impressionnante. L'action servirait à un règlement de comptes sans tendre au partage; or ce rôle de l'action est byzantin. Cette critique impliquerait que M. Berger, en affirmant la pureté du passage (*eod.*, p. 42, n. 3), s'est contredit. En réalité celui-ci ne condamne pas l'opinion qu'il émet à propos de l'usage de l'action en partage au cours de l'indivision. Que dès le droit classique l'action soit admise comme le soutient Paul, cela n'a rien d'impossible, car il ne s'agit pas d'un règlement de comptes *avant* le partage, mais d'un cas où, faute de *res*, il ne saurait y avoir de partage véritable, comme le fait observer M. Biondo Biondi. M. Albertario (***Action C. D.***, *Studi di Pavia*, 1913, p. 91) insiste plus spécialement sur l'impossibilité qu'aurait éprouvée Paul à admettre l'action *C. D.* pour l'usufruit, lorsqu'il la refuse pour les servitudes. On ne saurait tirer grand argument de pareilles oppositions. Nous verrons que, s'il la refuse pour les servitudes, il l'admet pour l'usage, sans doute par analogie de ce qu'il avait décidé pour l'usufruit (*infra*, p. 174).

cesser l'indivision (1). C'est dans des termes analogues qu'il autorise l'emploi de l'action *communi dividundo* au cas où l'indivision a été constituée par acte entre vifs (2) : il faut, dit-il, la donner. Et cette manière de s'exprimer fait bien plutôt penser à l'expression d'une opinion personnelle qu'à l'affirmation d'une solution incontestée.

2. — On peut être surpris que l'indivision n'ait été admise pour les servitudes qu'après l'avoir été pour l'usufruit. L'antériorité des premières n'est cependant pas douteuse et la conception matérialiste, que l'on s'en fit à l'origine, aurait dû favoriser de bonne heure la reconnaissance de l'indivision à leur égard. Mais en réalité l'usufruit, bien plus que les servitudes, pouvait, dans la matière qui nous occupe, être directement influencé par les solutions admises en matière de propriété. L'étendue des droits qu'il confère sur la chose l'a fait qualifier de propriété temporaire (3). Peu de différences

(1) (19 *ad ed.*), D. 10, 2, 16, *pr.* : *Et puto officio judicis contineri, ut, si volent heredes a communione usus fructus discedere, morem eis gerat cautionibus interpositis.* L'hypothèse était sans doute celle de legs *deducto usufructu.* Le texte ne parle pas expressément de l'action *familiae erciscundae*, mais si l'on se rappelle que c'est son application qui est en question (*Usus fructus an in judicium deducatur quaeritur*) on admettra qu'Ulpien entend la désigner par l'expression : *officio judicis contineri.*

(2) (20 *ad ed.*), D. 10, 3, 7, 7 : *Sed et si de usu fructu sit inter duos controversia, dari debet.* M. Biondo Biondi (*Legittimazione processuale*, p. 55-56), dominé par l'idée d'une impossibilité d'intenter une action *C. D.* pour l'usufruit à l'époque classique, croit que ce texte concernait primitivement l'action spéciale, et que seul le remaniement de la loi 7 l'a rendu applicable à l'action en partage. Les preuves de ce remaniement (l'usufruit est traité en deux endroits différents, § 7 et § 10. Le *Sed* du § 7 se justifie mal, puisque le § 6 concerne un cas où l'action est également accordée. Les datifs pluriels du § 10, *eis, illis,* ne peuvent se rapporter qu'au *duo* du § 7) sont manifestes, mais ils ne prouvent pas que l'indivision de l'usufruit ait échappé à l'époque classique à l'action *C. D.* (Berger, *Teilungsklagen,* p. 41). M. Albertario (*Actio C. D., Studi di Pavia,* 1913, p. 94-95) croit le texte interpolé et renverse sa solution par l'insertion de *non.*

(3) Cf. sur cette idée, en dernier lieu, Masson, *Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain, R. H. D.*, 1934, p. 1, 5, 28, 197, n. 2, 202, n. 4. Cette conception est celle du droit anglais.

séparent son exercice de celui de la pleine propriété. Seul le droit de disposer de la chose, essentiel du point de vue juridique, mais de manifestation cependant assez rare du point de vue pratique, lui est refusé. C'est sans doute sous l'influence de ces idées que l'indivision fut reconnue à son égard. La servitude, au contraire, ne confère qu'une utilité spéciale de la chose. Parfois même, elle n'offre qu'un profit négatif, en imposant une abstention au propriétaire voisin. L'union intime de la chose et du droit qui existait encore, du moins en apparence, dans l'usufruit, s'estompe ici davantage, et c'est à l'idée plus raffinée d'indivision, qualité d'un droit, qu'il faut se reporter, pour pouvoir parler d'indivision de la servitude.

On comprend que, dans ces conditions, l'indivision des servitudes n'ait été reconnue qu'avec peine par les jurisconsultes classiques. Avant de rechercher les étapes de cette reconnaissance, il importe de préciser les hypothèses où cette indivision put se rencontrer. Les textes concernent des situations diverses, qu'il faut essayer de grouper et de classer.

1° L'indivision de la servitude peut d'abord apparaître comme conséquence de l'indivision du fonds. C'est en tant que copropriétaires du fonds que ses maîtres en auront le profit ou la charge. Il en est ainsi des cohéritiers recueillant un fonds qui bénéficiait ou qui était grevé d'une servitude. Tous pourront prétendre à l'exercice de la servitude, ou seront tenus d'en supporter la charge (1). 2° Mais certains textes présentent la servitude comme appartenant à des propriétaires différents; l'indivision n'est plus ici une conséquence de celle du fonds. Il peut en être ainsi dans deux

(1) M. Biondo Biondi (*Legittimazione processuale*, p. 44) déclare qu'il est faux de parler dans ce cas de *servitus communis*. La servitude est due au fonds, non au propriétaire; donc il est sans intérêt que le fonds appartienne à un seul ou à plusieurs. La remarque est exacte d'un point de vue strictement juridique. Mais il n'en reste pas moins que la servitude est exercée, ou doit être respectée, par les propriétaires du fonds, et qu'il n'est pas sans intérêt de distinguer le cas où un seul propriétaire a la servitude de celui où plusieurs peuvent y prétendre en commun.

ordres de cas : *a*) Les copropriétaires bénéficiant, ou tenus, de la servitude ont partagé le fonds, non la servitude, celle-ci étant indivisible. Dans ce cas, la servitude active subsiste pour le tout au profit de chacun des copartageants (1). Le résultat obtenu, dit Celse, est le même que si l'on avait constitué deux servitudes dès l'origine. Au contraire, pour la servitude passive, la solution est variable : si, bien que grevant en droit le fonds tout entier, elle s'exerçait, en fait, sur une partie déterminée de celui-ci (par ex. une servitude de passage), elle ne grèvera que l'attributaire de cette partie. Mais si le partage attribue à chacun des fractions de cette partie, tous resteront tenus (2); *b*) Julien signale un autre cas où l'indivision de la servitude ne fut jamais absorbée par celle du fonds : c'est l'hypothèse où une même servitude grevant un fonds est consentie à plusieurs fonds distincts, par exemple lorsque l'on constitue une servitude d'aqueduc au profit de plusieurs propriétaires voisins du fonds servant (3). Ces deux

(1) Celse (5 *Dig.*), D. 8, 6, *quemad. serv. amit.*, 6, 1 : ...*Si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutem attinet, quae ei fundo debebatur perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit.*

Paul (15 *ad Sab.*), D. 8, 3, *de serv. praed.*, 23, 3 : *Quaecumque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debetur : et ideo quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur et ita, ut singuli recte agant ius sibi esse eundi, si tamen fundus, cui servitus debetur, certis regionibus inter plures dominos divisus est, quamvis omnibus partibus servitus debeatur...*

(2) Celse (5 *Dig.*), D. 8, 6, *quemad. serv. amitt.*, 6, 1ª.

(3) (41 *Dig.*), D. 43, 20, *de aqua cot.*, 4 : *Lucio Titio ex fonte meo ut aquam duceret, cessi : quasitum est, an et Maevio cedere possim, ut per eundem aquae ductum aquam ducat : et si putaveris posse cedi per eundem aquae ductum duobus, quemadmodum uti debeant, respondi(t)* (Krüger) *: Sicut iter actus via pluribus cedi vel simul vel separatim potest, ita aquae ducendae jus recte cedetur. sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur, non erit iniquum utile judicium reddi, sicut inter eos, ad quos usus fructus pertinet, utile communi dividundo judicium reddi plerisque placuit.* La mention de l'*in jure cessio* (*cessi, cedere, cedetur*) nous est le gage de l'authenticité du texte. Elle prouve, en outre, que nous sommes en présence d'une constitution actuelle de la servitude et non d'une promesse de constitution. Cette dernière hypothèse concerne l'indivision des obligations, non celle des droits réels. Aussi est-ce

cas, très différents dans leur origine, sont cependant susceptibles d'être ramenés à l'unité. Dans l'un comme dans l'autre, il y a multiplicité de servitudes identiques, grevant un même fonds ou profitant à un même fonds, tandis que les personnes obligées à les respecter, ou en ayant le bénéfice, n'ont entre elles aucun lien de copropriété.

Cette distinction entre les servitudes appartenant ou grevant un fonds commun et celles exercées au profit ou à l'encontre de plusieurs fonds n'est pas faite dans les textes d'une façon dogmatique. Mais on la retrouve derrière leurs solutions d'espèce. Les jurisconsultes classiques n'ont donc pas été sans l'apercevoir, de façon plus ou moins nette. Proculus, dès la seconde moitié du premier siècle, distinguait la servitude d'aqueduc exercée par un même canal au profit de plusieurs fonds et celle profitant à un fonds commun (1). Au premier cas, la perte par le non-usage ne peut être évitée par l'usage que font de la servitude les autres bénéficiaires. Au contraire, lorsque le fonds est indivis entre plusieurs copropriétaires, il suffit qu'un seul exerce la servitude pour qu'elle soit acquise au profit de tous (2).

à tort que M. Biondo Biondi (*Legittimazione processuale*, p. 45) invoque ici un texte la concernant (D. 10, 2, 25, 9).

(1) (1 *Epist.*), D. 8, 6, *quemad. serv. amitt.*, 16 : *Aquam, quae oriebatur in fundo vicini, plures per eundem rivum jure ducere soliti sunt... et unus... non duxit. existimo eum jus ducendae aquae amisisse nec per ceteros qui duxerunt ejus jus usurpatum esse : proprium enim cujusque eorum jus fuit neque per alium usurpari potuit. quod si plurium fundo iter aquae debitum esset, per unum eorum omnibus his, inter quos is fundus communis fuisset, usurpari potuisset...* Cf. Celse, D., *h. t.*, 6, 1. Cette distinction se retrouve dans les hésitations de Julien (D. 43, 20, *de aqua cot.*, 4) et de Paul (D. 10, 3, *C. D.*, 19, 2) à propos du cas où plusieurs servitudes s'exercent sur un même fonds. Voir, sur ce dernier texte, Cujas (*Comm. in Tit. III, Lib. X Dig., ad L. VI*, t. VII, 569 E), qui affirme nettement qu'il ne peut y avoir *communio*, malgré la communauté du conduit pour l'écoulement de l'eau. De même, comme le fait observer M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 49, n. 2), Paul (*eod.*) ne parle pas de *via communis*, mais suppose que *per eundem locum via nobis debeatur*. Le même principe est appliqué aux concessions d'eaux, d'après Frontin, *de aquis.*, 109.

(2) Le texte ne semble pas concerner l'accroissement dont pourraient

La reconnaissance de l'indivision des servitudes se fit sans difficulté pour le premier groupe d'hypothèses (1). C'était, en effet, le cas où la *communio* se manifestait le plus nettement, tous ayant droit à une même servitude, ou devant la supporter en commun.

Au contraire, les jurisconsultes classiques hésitèrent à reconnaître dans la multiplicité de servitudes un véritable cas d'indivision. On ne trouve plus, en effet, cet élément commun, matériel ou non, qui est de l'essence même de l'indivision, et il n'y a pas grande différence, au point de vue juridique, entre le cas où un fonds doit une servitude d'aqueduc au fonds A et une servitude de passage au fonds B et celui où il doit deux servitudes d'aqueduc, l'une au fonds A, l'autre au fonds B. Si, selon notre terminologie habituelle, nous qualifions le premier cas de concours de servitudes, il semblerait logique d'appliquer également cette dénomination au second. Ce n'est pas la même servitude qu'ont les propriétaires de A et de B. Ce sont deux servitudes distinctes, encore que de nature identique, et peut-être d'origine commune.

La possibilité de grever un même fonds de plusieurs servitudes identiques nous est affirmée, pour les servitudes de passage, par un texte d'Alfenus Varus, rapporté par Paul (2).

bénéficier les cotitulaires de la servitude au cas où l'un d'eux perdrait son droit par non-usage. *Usupari* signifie simplement acquérir par usage (Heumann-Seckel, v° *Usucapere*), et la fin du texte (*per unum... omnibus... usurpari*) confirme cette interprétation.

(1) Proculus (1 *Epist.*), D. 8, 6, 16 (*supra*, p. 165, n. 1) : *Si plurium fundo iter aquae debitum esset*; Papinien (2 *Resp.*), D. 3, 5, *de neg. gest.*, 30 (31), 7 : *Uno defendente causam communis aquae*; Marcien (5 *Reg.*), D. 8, 5, *si serv. vind.*, 19 : *Si de communi servitute quis bene quidem deberi intendit.*

(2) (1 *Epit. Alf. Dig.*), D. 8, 4, *comm. praed.*, 15 : *Qui per certum locum iter aut actum alicui* < *in jure* > (Lenel) *cessisset, eum pluribus per eundem locum vel iter vel actum* < *in jure* > *cedere posse verum est : quemadmodum si quis vicino suas aedes servas fecisset, nihilo minus aliis quot vellet multis eas aedes servas facere potest.* L'abrégé d'Alfenus fait par Paul ne contient pas d'additions de Paul (Krüger, *Hist. des sources*, p. 86; *Geschichte der Quellen*, p. 71). Celui-ci pousse le scrupule jusqu'à respecter le plan primitif des *Digesta* (Lenel, *Paling.*, I, col. 37, n. 1). On est donc en droit de faire remonter jusqu'à Alfenus la solution du texte.

Cette solution est simplement justifiée par l'analogie de cette hypothèse avec celle où l'on greverait sa maison de plusieurs servitudes au profit du voisin. Mais si ce concours de plusieurs servitudes identiques est admis dès la fin de la République, le texte ne prouve pas que cette situation ait déjà reçu une organisation juridique.

Labéon, au témoignage de Paul, se serait encore refusé à admettre la possibilité de l'action *communi dividundo* (1).

Ici encore, comme en matière d'usufruit, Julien exerça une influence prépondérante sur la reconnaissance d'une indivision, sanctionnée par l'action *communi dividundo*. On lui avait demandé si l'on pouvait constituer au profit de fonds différents plusieurs servitudes identiques, en l'espèce des servitudes d'aqueduc. Le seul fait de cette consultation prouve que le concours des servitudes n'était pas encore, au IIe siècle, admis sans contestation, du moins en ce qui concerne la servitude d'aqueduc.

Mais, se prévalant de son existence en matière de servitude

(1) Paul (6 *ad Sab.*), D. 10, 3, *comm. div.*, 19, 4 : *Aquarum iter in judicium communi dividundo non venire Labeo ait :* [*nam aut ipsius fundi est et ideo in judicium non venit, aut separatum a fundo, divisum tamen aut mensura aut temporibus*].

La raison alléguée n'est pas satisfaisante. Cujas (*Comm. in Tit. II, Lib. X Dig., ad L. XIV*, t. VII, 496 C, D), en avait proposé une interprétation logique, mais ne résultant pas du texte (servitude grevant le fonds commun et ne pouvant être partagée pour ne pas nuire au fonds dominant ; servitude au profit de deux fonds voisins, déjà divisée *mensura aut temporibus*, et donc n'ayant plus à l'être). M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 52-53) a réuni les preuves de l'interpolation du passage *nam... temporibus* : style direct succédant à la proposition infinitive ; mauvaise place de *ideo in judicium non venit*, qui concerne les deux hypothèses et aurait dû être mis à la fin de la phrase. Au fond : inutilité de poser la question du partage si celui-ci a déjà été opéré *mensura aut temporibus* ; l'exercice de droits concurrents n'est pas forcément partagé *mensura aut temporibus*, donc le refus de l'action, au second cas, n'est pas suffisamment motivé ; enfin, ce n'est pas seulement pour des *jura separata a fundo* que ce partage est concevable, il existe également pour les servitudes. On ne saurait partager l'opinion de M. Biondo Biondi (*Legittimazione processuale*, p. 45), selon laquelle le texte concernerait le partage du fonds et non celui de la servitude.

de passage (*iter*, *actus*, *via*) (1), Julien conclut à sa possibilité pour la servitude d'aqueduc. Et c'est parce que l'action *communi dividundo* était admise par la majorité de la doctrine pour régler l'indivision de l'usufruit que, guidé par l'équité, il l'autorise ici (2). Ce mode de raisonnement est pour nous du plus haut intérêt. Il fait saisir sur le vif le procédé qui peu à peu permit l'extension de l'indivision et de sa sanction par l'action en partage. En présence d'une situation de fait, privée de protection juridique, Julien cherche des hypothèses voisines, permettant de faire rentrer l'espèce envisagée dans les cadres du droit. Si le concours de plusieurs servitudes de passage est reconnu, pourquoi ne pas reconnaître celui des servitudes d'aqueduc (3)? Mais ce n'est là qu'un travail préparatoire. L'important n'est pas de reconnaître un droit; c'est de le protéger. Et cette protection ne résultera pas de déduction doctrinale. Julien l'accorde parce qu'elle est juste (*non iniquum*) et il la légitime par une analogie avec l'usufruit, où la sanction juridique avait déjà été admise par d'autres jurisconsultes.

Ce raisonnement par analogie tend à laisser dans l'ombre l'importance de l'innovation. Se refusant à toute affirmation de principe, Julien ne semble qu'étendre à des cas analogues des solutions préexistantes. Avant lui, Alfenus Varus avait reconnu un cas de concours des servitudes, de même que des jurisconsultes antérieurs avaient admis l'action *communi dividundo* pour l'usufruit. Sa solution cependant présente un

(1) V. *supra*, p. 166, n. 2, la reconnaissance de ce cas par Alfenus Varus.

(2) D. 43, 20, *de aqua cot.*, 4 (*supra*, p. 164, n. 3). M. Biondo Biondi (*Legittimazione processuale*, p. 48) refuse de voir dans cet *utile judicium* une action *C. D.* Mais ses arguments ne sont pas décisifs. Le plus impressionnant : l'opposition de doctrine entre Julien et Paul, n'est pas suffisant, sous prétexte d'harmoniser la jurisprudence classique, à faire admettre l'interpolation de la fin de notre texte.

(3) On saisit ici combien les juristes romains sont près des faits. Ils ne reconnaissent pas de façon doctrinale le concours des servitudes, catégorie juridique abstraite. Ils statuent pour la servitude de passage, puis pour celle d'aqueduc. La théorie ne se dégagera que plus tard de ces solutions d'espèce.

intérêt plus sensible. Admettant un nouveau cas de concours des servitudes, elle facilite, et peut-être même elle assure, l'apparition de cette notion nouvelle. De ce qui n'était que cas particulier, elle fait une règle générale. En outre, résultat plus important encore, elle assure une protection juridique à cette situation : désormais une action permettra de régler la jouissance entre les divers titulaires de la servitude.

L'opinion de Julien n'avait comme fondement que la logique et l'équité. Elle se heurtait à cette difficulté d'ordre juridique d'admettre une action *communi dividundo* là où il n'y avait aucune *communio*. Peut-être est-ce pour cela qu'il n'accorde ici qu'une action utile (1). Mais n'ayant pas justifié sa doctrine contre cette objection, il laissait à ses successeurs l'occasion de la contester.

En effet, un texte de Paul, rapportant l'opinion de Pomponius, émet les plus grands doutes sur la possibilité d'accorder ici l'action *communi dividundo*, faisant valoir l'absence de toute *communio* dans cette hypothèse (2). Mais l'interprétation du passage donne lieu à de grandes difficultés. Sa rédaction ne permet pas de distinguer nettement l'opinion de Pomponius et celle de Paul. Le texte semble avoir été retouché par les Compilateurs qui, s'ils n'y introduisirent pas d'opinion novatrice, en obscurcirent singulièrement le sens (3). Un point cependant est certain : si la possibilité de l'action en partage est discutée, ce n'est pas que l'hypothèse concerne le règlement de dépenses faites à propos de l'indivision, et non l'indivision elle-même. Le motif invoqué, l'absence de *communio*, prouve incontestablement que c'est la nature

(1) Le caractère utile de l'action peut s'expliquer par d'autres motifs, par ex. par l'idée qu'il s'agit de régler la jouissance, non d'opérer un partage.

(2) Paul (6 *ad Sab.*), D. 10, 3, *C. D.*, 19, 2 : *Si per eundem locum via nobis debeatur et in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius communi dividundo vel pro socio agi posse : quae enim communio juris separatim intellegi potest? sed negotiorum gestorum agendum.*

(3) *Durius, communio juris* n'apparaissent pas comme des expressions fréquentes chez les classiques. M. Biondo Biondi (*Legittimazione processuale*, p. 46, n. 2) suspecte aussi la formule *communi dividundo agi posse*.

spéciale du rapport juridique qui, ici, fait toute la difficulté (1). Le texte concerne donc bien l'hypothèse qui nous occupe. Reste à savoir quel était, sur ce point, les positions respectives de Pomponius et de Paul. Selon M. Berger (2), Pomponius aurait admis l'action en partage, tandis que Paul la repousserait faute de *communio*, qualifiant de *durius* l'opinion de Pomponius. M. Biondo Biondi croit, au contraire, que Pomponius aurait déjà refusé l'action, le texte pur ayant porté : [*durius*] *ait Pomponius communi dividundo...* < *non* > *posse* (3).

L'interprétation de ce texte devrait être facilitée par un autre passage de Paul (4), relatif à la même question et où se trouve également citée l'opinion de Pomponius. Malheureusement, ce texte lui aussi fut interpolé, et c'est en définitive par une comparaison des deux passages que l'on peut rétablir leur sens premier, pour en déduire l'opinion des deux jurisconsultes. De l'interpolation totale de la fin du

(1) En ce sens, Berger, *Teilungsklagen*, p. 50.

(2) *Eod.*, p. 49. De même, Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno* (*Ann... di Palermo*, 1917, p. 229-231) ; cf. Ein (*B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 134), qui croit que Pomponius admettait seulement l'action *pro socio*.

(3) *Legittimazione processuale*, p. 46, n. 2. De même, des auteurs plus anciens attribuent à Pomponius l'adoption de l'*actio negotiorum gestorum* (Cf. Berger, *eod.*, p. 49, n. 4). Cette thèse peut se prévaloir de la scolie sur ce texte : Basiliques, XII, 2, 19, 2, sc. : Ἐὰν διά (Heimbach, t. I, p. 811).

(4) D. 10, 3, 19, 4, après avoir rapporté l'opinion négative de Labéon (*supra*, p. 167, n. 1) Paul continue : *Sed possunt jura interdum et separata a fundo esse et nec mensura nec temporibus divisa, veluti cum is cujus fuerunt plures heredes reliquit : quod cum accidit, consentaneum est et ea in arbitrio familiae erciscundae venire, nec videre inquit Pomponius, quare minus in communi dividundo quam familiae erciscundae judicium veniant.* [*igitur in hujusmodi speciebus etiam in communi dividundo judicio venit, ut praefata jura aut mensura aut temporibus dividantur*]. L'interpolation de la phrase finale, qui est censée rapporter l'opinion de Paul, est communément admise (Cf. *Index interp.* et *Suppl.*). M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 54) critique en outre la pertinence de l'exemple opposé par Pomponius à Labéon, et relève (p. 55, n. 3) des traces de remaniements byzantins (*consentaneum* ne se trouve qu'une fois dans Gaius, III, 170, et douze fois dans les constitutions de Justinien).

texte (1) on peut conclure que les Byzantins ont renversé une solution qui n'était plus admise de leur temps. C'est donc que Paul refusait l'action *communi dividundo*. Par conséquent, c'est à lui qu'il faut attribuer l'idée émise au § 2 d'employer l'*actio negotiorum gestorum*. C'est donc Pomponius qui admettait la possibilité de l'action *communi dividundo*. Cette interprétation est confirmée par le § 4, où le même jurisconsulte autorise l'action *communi dividundo*, par analogie avec ce qui était admis couramment pour l'action *familiae erciscundae* (2).

Telle est l'interprétation qui nous semble se dégager du texte de Paul. La thèse novatrice de Julien aurait trouvé un défenseur en Pomponius. Celui-ci l'aurait même confirmée par un argument d'analogie, tiré de la possibilité d'employer ici l'action *familiae erciscundae*. Mais Paul, choqué par cette admission de l'action *communi dividundo* là où il n'y avait aucune *communio*, serait revenu à une opinion autrefois soutenue par Labéon.

Ces divergences ne sauraient étonner. Le concours des servitudes ne fait apparaître aucune *communio* et l'on comprend parfaitement que certains esprits se soient refusés à permettre ici l'emploi des actions en partage. D'autres, moins soucieux des principes et plus hardis dans leurs innovations, n'ont pas craint de les autoriser, considérant qu'il fallait savoir faire fléchir les principes lorsque l'intérêt le commandait.

Il y avait en effet un intérêt incontestable à assimiler le concours de servitudes à une véritable indivision. Ce con-

(1) Celle-ci résulte d'indiscutables motifs formels (cf. Berger, *eod.*, p. 55) et est admise par tous les auteurs (*supra*, p. 170, n. 4).

(2) Un seul point reste en suspens dans cette démonstration : le sens à attribuer à *durius*. A supposer qu'il soit classique, ce qui n'est pas certain, il peut signifier, ou que Pomponius n'admet l'action en partage qu'avec peine, ou que l'opinion de Pomponius est difficile à admettre. Au premier cas *durius* est l'expression de l'avis de Pomponius, au second c'est une critique que lui adresse Paul. C'est dans ce dernier sens que l'interprète la sc. ἐάν διά (Basiliques, 12, 2, 19, 2 : Heimbach, t. I, p. 811) ...οὐ καλῶς ἔλεξεν ὁ Πομπώνιος...

cours faisait naître des conflits entre les divers titulaires de la servitude. Lorsque l'on ne pouvait conventionnellement en régler la jouissance, il fallait une action pour trancher ces difficultés, attribuer à chacun l'usage auquel il avait droit, fixer l'ordre et les délais dans lesquels les bénéficiaires useraient de la servitude. La première condition, pour permettre ce résultat, était de faire entrer le concours des servitudes dans une catégorie juridique connue.

On comprend, dès lors, que le concours des servitudes ait été assimilé à une indivision et sanctionné par les actions en partage, alors que cette assimilation et cette sanction étaient refusées au concours des possessions. Celui-ci n'avait pas besoin d'une protection spéciale, puisque le jeu des interdits assurait le règlement des conflits entre possesseurs. Ainsi s'harmonisent des solutions qui semblent à première vue contradictoires. Si Julien admet l'indivision des servitudes, alors que Paul la repousse, c'est que l'un parle en praticien et l'autre en doctrinaire. Si le même jurisconsulte autorise l'emploi des actions en partage pour le concours des servitudes, alors qu'il le refuse pour celui de deux possessions (1), c'est que, dans un cas, aucune protection légale n'était utilisable, tandis que dans l'autre il en existait une. Le principe d'utilité apparaît comme l'élément essentiel du progrès juridique en notre matière. Lorsque quelque réaction essaie de se faire jour, c'est au nom des « principes » menacés que les traditionalistes condamnent les nouveautés. Ce ne sont pas des solutions contradictoires, émanées d'esprits abstraits, qui s'offrent ici à notre attention. C'est l'effort de l'esprit humain pour se dégager de cadres trop étroits, pour façonner de nouvelles notions satisfaisant les besoins journaliers, que nous sentons percer sous les innovations les plus heureuses des jurisconsultes classiques.

3. — Ce sont les mêmes hésitations, les mêmes incohé-

(1) D. 10, 3, 7, 5 (*supra*, p. 147, n. 1).

rences apparentes, que nous allons retrouver en matière d'usage. Comme l'usufruit, l'usage ne pouvait faire l'objet d'une indivision héréditaire : il s'éteignait au décès du bénéficiaire, et ne pouvait passer à ses héritiers (1). Si on laisse de côté le concours de l'usage avec d'autres droits réels (2), cas auquel on ne peut parler d'indivision véritable, l'indivision de l'usage apparaît essentiellement lorsqu'il a été légué à plusieurs personnes (3). Ce cas fut sans doute le plus fréquent dans la pratique, bien que, théoriquement, rien ne s'opposât à la constitution par acte entre vifs d'un droit d'usage au profit de plusieurs personnes (4).

La difficulté d'admettre la possibilité d'une indivision en matière d'usage est la même qu'en matière de servitude : l'absence de chose susceptible de division. En effet, tandis que l'usufruit est divisible, l'usage, comme les servitudes prédiales, est indivisible (5). Le concept d'indivision et l'action en partage pourraient donc sembler ici inutiles. Cependant, puisque la pluralité de titulaires d'un droit d'usage était possible, — nous en avons la preuve au moins pour le IIe siècle par la décision d'Hadrien, — il fallait un moyen de

(1) Modestin (2 *Reg.*), D. 7, 8, *de usu*, 21 : *Usus aquae personalis est et ideo ad heredem usuarii transmitti non potest.*

(2) Ulpien (17 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 14, 2-3, concours de l'usage et de l'usufruit. Sans doute, l'usufruit impliquant le droit d'usage, il y a dans ce cas concours de deux droits d'usage ainsi que le dit Pomponius : *concurrere nos in usu.* Mais il n'y a pas lieu de distinguer ce cas de la pluralité de concessions d'usage, puisqu'il pose le même problème.

(3) C'est pour un cas de ce genre que fut rendue la décision d'Hadrien rapportée par Pomponius, D., *h. t.*, 22, *pr.*

(4) Il ne faut pas analyser en une indivision de l'usage les hypothèses, très fréquentes dans les textes, où l'usage est présenté comme appartenant à la famille de l'usager. Ce n'est qu'une mesure de bienveillance, autorisant l'usager à faire profiter les siens de l'usage qui lui a été légué. C'est en raison de leur parenté ou de leur communauté de vie avec l'usager que ces personnes peuvent bénéficier d'un droit qui ne leur appartient pas. Si quelque conflit surgissait entre elles à ce propos, il ne serait pas réglé par le juge, mais par le seul titulaire du droit d'usage, qui pourrait librement leur retirer la faculté d'user de la chose.

(5) Paul (3 *ad Vitt.*), D., *h. t.*, 19 : *Usus pars legari non potest : nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus.*

régler les conflits qui pouvaient naître de la jouissance commune. Celui-ci n'est signalé qu'à une date tardive, et par une anomalie digne de remarque c'est Paul qui, après s'être refusé à admettre l'action *communi dividundo* pour les servitudes, en autorise l'emploi pour l'usage (1). Il semble que ce soit sous l'influence de la solution admise pour l'usufruit que Paul ait autorisé ici l'emploi de l'action en partage. Le début du texte : *si usus tantum*, laisse supposer qu'il venait de parler de l'usufruit dans un passage que les Compilateurs n'ont pas utilisé (2).

Il est d'ailleurs à noter que Paul parle de l'usage en commentant les termes de l'*adjudicatio* et non ceux de la *demonstratio* (3). Il n'en admet l'indivision qu'incidemment, par contre-coup, pourrait-on dire, de ce qu'il en admet l'adjudication à un copartageant. Aussi est-on moins surpris de

(1) (23 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 10, 1 : *Si usus tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo judicio, videamus...* Nous retrouverons la fin du texte, relative au mode de partage et les difficultés qu'elle soulève, *infra*, p. 399. La mention de l'action *C. D.* est tenue pour interpolée par M. Biondo Biondi (*Legittimazione processuale*, p. 58), qui croit que Paul accordait seulement une action spéciale pour régler la jouissance, action distincte selon lui de l'action *C. D.* M. Albertario (*Actio C. D.*, *Studi di Pavia*, t. II (1913), p. 99) supprime également les mots [*in communi dividundo judicio*]. Il invoque la contradiction des opinions de Paul en matière d'usage et en matière de servitude et la mauvaise rédaction du texte, où, si l'on admet l'action *C. D.*, il n'y a plus lieu de se demander comment se fera le partage. Nous avons déjà réfuté le premier argument, qui suppose une construction doctrinale, peu dans la manière des jurisconsultes classiques. Quant au second, l'existence d'une action en partage ne suffit pas à expliquer comment on le réalisera en pratique.

L'opinion de M. Biondo Biondi repose seulement sur l'analogie de ce cas avec celui de l'usufruit, où il refuse, à tort croyons-nous, de voir à l'époque classique la possibilité d'une action *C. D.* En outre, la présence du terme *judicium* dans le passage incriminé est en faveur de la pureté du texte. M. Arangio-Ruiz (*Riv. It. sc. giur.*, t. LII (1913), p. 226, n. 2) propose de lire : *non erit locus communi dividundo judicio.* — *Contra*, Berger, *Teilungsklagen*, p. 44.

(2) En ce sens, Berger, *Teilungsklagen*, p. 44-45 ; Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 58.

(3) Lenel, *Paling.*, t. I, col. 1017, n. 1.

l'inconséquence de ses théories, qui, hostiles à l'indivision des servitudes, admettent celle de l'usage (1).

C'est en définitive un mode de raisonnement analogue à celui qu'avait utilisé Julien pour faire admettre l'indivision des servitudes. Aucun fondement théorique, aucune doctrine d'ensemble, simplement pour des raisons de pure pratique, reconnaissance progressive de l'indivision des divers droits. Guidé peut-être par l'analogie incontestable entre l'usage et l'usufruit, Paul ne s'est pas laissé arrêter par une différence, importante pour notre objet, l'indivisibilité de l'usage et la divisibilité de l'usufruit. On ne saurait lui reprocher d'avoir ignoré cette différence. Il faudrait bien plutôt admirer la souplesse de son esprit, qui au lieu de se laisser arrêter ici par des constructions doctrinales, comme il l'avait fait pour les servitudes, autorise l'emploi de l'action en partage dans un cas où son utilité n'est pas contestable.

4. — Le *jus in agro vectigali*, et peut-être la superficie, finirent également par être susceptibles d'indivision.

Cette solution est donnée pour le *jus in agro vectigali* par Ulpien, sans que l'on puisse savoir depuis quand la pratique l'avait admise. Il ne semble pas, en effet, qu'il faille en faire l'honneur à Ulpien, qui rapporte ici une opinion courante (2).

(1) M. Berger, *Teilungsklagen*, p. 44, n. 3, a essayé d'expliquer cette divergence par une évolution de sa pensée entre le commentaire *ad Sabinum* (D. 10, 3, 19, 2 et 4) et celui *ad edictum* (D., *h. t.*, 10, 1) dont Fitting (*Alter und Folge*, p. 87) établit la succession chronologique. Si cette idée est exacte, elle ne fait que confirmer la formation purement historique de la théorie du champ d'application de l'indivision. Mais peut-être (c'est une hypothèse que les termes de Paul ne permettent pas de confirmer) la contradiction est-elle moins profonde qu'elle ne paraît. La décision de Paul est intervenue pour les servitudes, dans un cas de concours de servitudes (le mot *separatim*, D. 10, 3, 19, 2, en est la preuve), où par conséquent il était plus difficile de voir une *communio*, tandis que pour l'usage il devait s'agir non pas de plusieurs usagers en concours (l'usage absorbant tout l'*usus* de la chose, on concevrait mal qu'il fit l'objet de concessions multiples), mais d'un droit d'usage exercé par plusieurs, ce qui est vraiment un cas d'indivision.

(2) (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 10 : ...*Item* (*veniunt in judicium fami-*

Connaissant la méthode adoptée par les jurisconsultes classiques pour étendre le domaine de l'indivision, nous sommes conduit à supposer que c'est l'analogie du *jus in agro vectigali* avec la propriété qui fit admettre à son égard la possibilité d'une indivision (1). La condition du locataire de l'*ager vectigalis*, bien que résultant d'un simple contrat de bail, est, en effet, à raison de la longue durée de la concession, identique sur bien des points à celle du titulaire d'un droit réel. Le *conductor* a la protection des interdits possessoires et sans doute aussi une action *in rem* (2). Il est qualifié par les textes de *possessor* (3) et parfois même on parle à son propos de *dominium* et de *dominus* (4). Il était normal que sa situation fut, comme celle du propriétaire, tenue pour susceptible d'indivision et qu'on admit à son égard l'emploi des actions en partage.

Le même raisonnement pourrait être fait pour le superficiaire, si l'existence d'un droit réel n'était ici sujette à de fortes discussions.

Deux fragments d'Ulpien admettent la possibilité des actions en partage (5). On conçoit, en effet, l'attribution à

liae erciscundae) *praedia, quae nostri patrimonii sunt, sed et vectigalia vel superficiaria.*

(20 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 7, *pr.*: *Communi dividundo judicium locum habet et in vectigali agro...* La suite du texte est interpolée (*infra*, chap. VIII).

(1) Albertario, *Actio C. D.* (*Studi di Pavia*, t. II (1913), p. 81-82).

(2) Paul (21 *ad ed.*), D. 6, 3, *si ager vectigalis...*, 1, 1. Krüger (*Die prätorische Servitut*, 1911, p. 82, n. 93) doute de l'existence de cette action à l'époque classique, mais son opinion n'a pas prévalu.

(3) Macer (1 *de appel.*), D. 2, 8, *qui satisdare cogantur...*, 15, 1.

(4) Cf. Mommsen, *Z. S. St.*, t. XXIII (1902), p. 442 : « Die Grenzen zwischen Eigentum und Pachtrecht sind... praktisch nicht in völliger Abgeschlossenheit festzuhalten » ; Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 1272; Arangio Ruiz, *Struttura dei diritti sulle cose altrui* (*Arch giur.*, t. LXXXI (1908), p. 422 sq.); Berger, *Teilungsklagen*, p. 30 ; Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 58-59; Girard, *Manuel*, p. 413.

(5) D. 10, 2, 10 (*supra*, p. 175, n. 2) et (70 *ad ed.*) D. 43, 18, *de superf.*, 1, 8 : *Et si duobus sit communis* (*superficies*), *etiam utile communi dividundo judicium dabimus.*

plusieurs personnes d'un droit de superficie, soit par succession, soit par acte entre vifs.

Mais ce qui fait la difficulté du problème, c'est la nature même de ce droit. S'il est droit réel, il confère à ses titulaires un droit sur la chose, la possession de la surface du sol, et l'on peut sans peine en admettre l'indivision. Mais si le superficiaire n'a qu'un simple droit de créance, résultant de la *lex conductionis*, l'indivision ne pourra que concéder à chacun des superficiaires une créance distincte, obligeant le propriétaire du fonds à respecter son droit aussi longtemps qu'il paiera le *solarium*.

Les deux textes en faveur d'une indivision de la superficie sont suspects d'interpolation pour ceux qui se refusent à admettre le caractère de droit réel de cette institution avant l'époque byzantine. Ils sont donc entraînés dans la controverse qui partage les auteurs sur ce point (1), et on ne peut les invoquer sans prendre part au débat.

Il ne nous appartient pas de reprendre l'examen de ce problème. Notons seulement que l'opinion dominante, récemment soutenue encore par MM. Lenel et Kübler, reste favorable à la doctrine ancienne, selon laquelle le superficiaire avait en droit classique un droit réel. Comme le fait remarquer M. Kübler (2), on ne peut, ainsi que l'avait tenté M. Albertario (3), déclarer classique la formule de l'interdit *de superficie*, et byzantins les termes de son commentaire. Seul, M. Beseler est logique en critiquant l'édit, aussi bien que la construction juridique qui en est résultée. Mais cette idée d'une fabrication de l'édit par les Compilateurs est par trop

(1) Voir la bibliographie des opinions adverses dans Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 64, n. 3, et y ajouter en faveur du caractère de droit réel dès l'époque classique, Karlowa, *R. R. G.*, II, 1262-1263; Lenel, *Edictum*, § 249; Kübler, v° *Superficies*, *in* Pauly-Wissowa, *Real Encyclopädie*; *contra*, en dernier lieu, Beseler, *Maenianum und Superficies*, *Z. S. St.*, 1932, p. 287-292.

(2) V° *Superficies*, *in* Pauly-Wissowa, *Real Encyclopädie*.

(3) *Possesso del superficiario*, spéc. p. 26-28.

invraisemblable (1). D'un point de vue positif, M. Kübler apporte diverses raisons de croire au caractère classique de la possession reconnue au superficiaire. Et si, les reprenant pour les critiquer, M. Beseler semble bien avoir démontré qu'on ne peut affirmer, sur la foi du Pseudo-Asconius, l'existence du droit réel de superficie dès 184 avant J.-C., il ne paraît pas être arrivé à rejeter aussi péremptoirement les arguments résultant d'un passage d'Ulpien (D. 18, 1, *de contrahenda emptione*, 32) et d'inscription du IIe siècle de notre ère (2).

Si donc l'on adopte l'opinion qui semble aujourd'hui la mieux établie, on ne voit aucun motif pour refuser d'admettre en matière de superficie, comme en matière de propriété ou de *jus in agro vectigali*, une indivision (3). Quant à la date d'apparition de cette notion, on ne peut la préciser. M. Berger, invoquant l'expression *dabimus*, croit qu'Ulpien fut le premier à la reconnaître (4). Il est en tout cas vraisemblable que l'indivision ne fut admise qu'assez tard en matière de superficie. Le caractère de droit réel de l'institution fut, de l'avis même de ceux qui croient à son existence dès l'époque classique, assez lent à se dégager, et les textes sur lesquels M. Kübler croit pouvoir le fonder ne sont que du courant du IIe siècle. L'indivision, qui est une conséquence de ce caractère réel, ne dut apparaître qu'assez tardivement. Si ce n'est pas Ulpien qui fut le premier à l'admettre, elle ne devait pas être encore bien ancienne dans la pratique de son époque.

(1) M. Beseler s'est, d'ailleurs, depuis, défendu d'avoir dit que Tribonien avait fait de toutes pièces l'édit rapporté au D. 43, 18, 1, *pr.* (Z. S. *St.*, 1932, p. 291).

(2) C. I. L., V, 1585; Bruns, 144; Girard, *Textes*, p. 836; C. I. L., X, 1783; Bruns, 143; Girard, *eod.*, p. 837.

(3) M. Lenel, *Edictum*, p. 478, après avoir admis le caractère classique de la protection du superficiaire, croit cependant que l'action *C. D.* ne lui fut accordée qu'à l'époque byzantine. C'est là un illogisme dont il ne donne pas le motif. Au contraire, MM. Berger (*Teilungsklagen*, p. 37) et Biondo Biondi (*Legittimazione processuale*, p. 64) croient au caractère classique des actions en partage pour la superficie.

(4) Berger, *eod.*, p. 37.

5. — Le gage (1), dernier droit réel sur la chose d'autrui dont nous ayons à nous occuper, confère à son titulaire la possession de la chose engagée. Il y a donc lieu, à son égard, de distinguer l'indivision du droit de gage, de celle de la chose possédée. Nous n'aurons rien à dire de spécial de cette dernière, ayant traité plus haut de la copossession. Mais la distinction est essentielle à faire dès le commencement de cet examen, car elle seule permet d'interpréter certains textes.

L'indivision du gage n'exige pas seulement la remise d'une même chose à plusieurs créanciers. Il faut, en effet, distinguer de l'indivision du gage, comme nous l'avons fait pour d'autres droits réels, la constitution de deux gages sur une même chose, au profit de deux créanciers différents, sans aucun lien entre eux. Il est alors plus exact de parler de *concours* de plusieurs droits de gage sur une même chose, car il n'y a pas un gage indivis entre deux créanciers (2). Cela est surtout fréquent pour l'hypothèque, qui,

(1) Sous ce terme, nous entendons le *pignus*, c'est-à-dire à la fois le gage et l'hypothèque. Sur cette dualité de sens et le flottement de la terminologie due en partie à des interpolations, voir Heumann-Seckel, v° *Pignus*; Erman, *Pignus hypothecave* (*Mélanges Girard*, t. I, p. 419-455). M. Manigk (v° *Hypotheca*, *in* Pauly-Wissowa, *Real Encyclop.*), qui insiste sur la différence entre le gage et l'hypothèque et qui en trouve des preuves dans les textes (col. 343-345), reconnaît cependant que la terminologie n'est pas toujours précise (col. 348-350). L'indivision de l'hypothèque est moins facile à admettre que celle du gage, car l'hypothèque, ne conférant pas la possession actuelle de la chose, n'a pas l'élément matériel concrétisant la *communio*. Mais si l'on se souvient que l'indivision fut admise pour des droits qui ne donnent même pas cette possession éventuelle, tels que les servitudes, on en reconnaîtra la possibilité pour l'hypothèque. Une preuve nous en est d'ailleurs fournie par le texte de Julien cité ci-dessous (D. 43, 33, 1, 1, *infra*, p. 181, n. 1), qui concerne l'hypothèque grevant les *illata* d'un fermier (*colonus*).

(2) Marcellus parle ici de *concurrere in pignore* : D. 20, 4, *qui potiores in pignore...*, 7, 1. Aussi ne doit-on pas faire intervenir ici les nombreux textes (spécialement au D. 20, 4) relatifs à des constitutions successives de gage.

Nous ne croyons pas qu'Ulpien (20 *ad ed.*), D. 10, 3, *comm. div.*, 7, 12, fasse allusion à semblable concours. La formule : *aestimatur pars... quantum pro ea parte debetur*, invoquée par M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 61) comme se référant à cette hypothèse, signifie simplement que l'attributaire du gage devra remettre aux copartageants une somme corres-

laissant la chose en la possession du débiteur, lui permet de la grever plusieurs fois. Cette différence se manifeste particulièrement lors de la réalisation du gage; lorsqu'il y a plusieurs constitutions successives de *pignus*, les divers créanciers ne peuvent réaliser le gage en commun et s'en partager le prix. Un d'eux est préférable aux autres. Où voir une indivision en pareille hypothèse?

L'indivision du gage existe donc essentiellement lorsque la sûreté a été consentie aux titulaires multiples d'une créance unique. L'élément commun est alors la créance — ou tout au moins, si l'on veut reconnaître l'existence d'autant de créances partielles qu'il y a de titulaires, la cause de la créance. Ainsi il y aura indivision lorsqu'un emprunteur aura obtenu de trois personnes différentes une avance de 300 (chaque prêteur ayant fait un prêt de 100) et leur aura remis un objet unique en garantie de leurs créances. Mais l'unité de créance ou de cause de créance n'est pas absolument indispensable à l'existence d'une indivision du gage. On peut la concevoir, bien que l'hypothèse apparaisse moins fréquente, lorsque la chose engagée est donnée en garantie au même moment (1), par le même acte, à plusieurs créanciers, dont les créances ont des origines multiples. Il en est ainsi par exemple lorsque trois créanciers à des titres différents, redoutant l'insolvabilité de leur débiteur, se font remettre en gage un bien de celui-ci. C'est donc en dernière analyse la concomitance ou la succession des engagements qui, à raison des

pondant non à la valeur de leur part dans la chose engagée, mais à leur part de créance. Elle ne prouve pas qu'il y ait eu dès l'origine plusieurs créances et peut s'entendre d'une créance partagée entre les *socii*.

(1) C'est ainsi qu'il y a indivision (comme nous le verrons plus loin) dans le cas signalé par Ulpien (73 *ad ed.*), D. 20, 1, *de pignoribus...*, 10 : *Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent...* La concomitance des constitutions de gage est seule affirmée. Il n'est pas dit que les deux créances aient une cause unique. Sans doute en était-il ainsi dans le cas exposé par Julien (D. 43, 33, *de Salv. interd.*, 1, 1) qui a inspiré Ulpien, mais ce dernier s'exprime en termes généraux, et rien ne permet de limiter sa pensée.

règles spéciales en matière de *pignus*, fournit ici le critère du concours et de l'indivision.

Un texte de Julien (D. 43, 38, *de Salv. interd.*, 1, 1), généralisé par Ulpien (D. 20, 1, *de pign.*, 10), signale deux modes possibles de constituer un gage indivis : l'attribution du gage peut être faite *in solidum* ou *pro parte* (1). Les nombreux remaniements du texte à l'époque byzantine n'ayant pas porté sur cette opposition (2), on peut la tenir pour classique. Cette distinction a des conséquences intéressantes quant à la nature de la sûreté conférée. Le gage constitué *in solidum* au profit de plusieurs créanciers donne à chacun droit à la possession totale et exclusive, et, nous disent les textes, celui qui se trouve en possession peut la refuser aux autres. Dans ce cas, par conséquent, le gage indivis ne procure pas la copossession. Au contraire, si le gage a été constitué *pro parte*, c'est-à-dire si chaque créancier n'a droit à la chose que dans la proportion de sa créance (3), tous les créanciers pourront prétendre à sa copossession. Il y a donc dans ce cas indivision

(1) (49 *Dig.*), D. 43, 33, 1, 1 : *Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum* [*Salviano interdicto*] *recte experientur : inter ipsos vero* [*si reddatur hoc interdictum*], *possidentis condicio melior erit. at si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent.*

(73 *ad ed.*), D. 20, 1, 10 : *Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit* (Ulpien généralise l'hypothèse) *ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur : inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem* < *Julianus ait* > (Krüger) *: dabitur enim possidenti haec exceptio : « si non convenit ut eadem res mihi quoque pignori esset ». si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem* [*competere*] *et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem adprehendant singuli.*

(2) Les interpolations se réfèrent à la matière des actions hypothécaires. Nous n'avons pas à nous en occuper ici (Cf. Lenel, *Edictum*, p. 491 ; Girard, *Manuel*, p. 827, n. 4).

(3) Cette assignation du gage sur une partie de la chose n'a rien, comme l'avait déjà relevé Jourdan (*L'hypothèque*, p. 196), de contraire à l'indivisibilité du *pignus*.

du droit de gage et de la possession de la chose engagée (1). Il faut d'ailleurs entendre par gage constitué *pro parte* celui où le créancier obtient en garantie une fraction de la chose (*pars pro indiviso*), non pas une partie matériellement délimitée de celle-ci (une *certa pars*).

La notion de l'indivision du *pignus* ainsi précisée, nous pouvons rechercher l'époque à laquelle on lui accorda une sanction juridique (2).

Il faut, en effet, dans les textes que nous avons à utiliser, distinguer ceux qui présentent la multiplicité des gages sur une même chose comme une simple situation de fait, et ceux qui reconnaissent là un cas d'indivision.

Au premier groupe appartiennent les textes de Julien et d'Ulpien que nous avons rencontrés (D. 20, 1, 10 et 43, 33, 1, 1). Nerva aurait déjà reconnu, si nous en croyons le témoignage de Paul, la possibilité d'un gage commun à deux créances (3).

(1) C'est à celle ci que se rapporte l'action utile (action servienne utile : Lenel, *Edictum*, p. 494, n. 8) signalée par Julien et Ulpien (*supra*, p. 181, n. 1). Elle tend à procurer au créancier qui n'a pas la possession sa part dans la copossession indivise (*dimidiam partis possessionem*). Elle crée l'indivision de la possession là où n'existait que l'indivision du droit de gage. Il serait inexact d'y voir un moyen pour faire cesser l'indivision de la possession en attribuant à chacun sa part, car cette part devrait être une part déterminée matériellement, alors que *pars dimidia* indique simplement une fraction sans qu'il y eut partage matériel (Cf. D. 50, 16, *de verb. sign.*, 142; D. 5, 3, *de hered. pet.*, 25, 15; 5, 4, *si pars hered.*, 3 *i. f.* et 9).

(2) C'est à tort, croyons-nous, que l'on considère parfois comme une indivision du gage la remise d'un bien indivis donné en gage pour le tout ou pour la part du débiteur gagiste (Berger, *Teilungsklagen*, p. 62-64; Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 62-63), D. 10, 3, 6, 8-9; 10, 3, 7, 13; 20, 6, 7, 4; 43, 33, 1, 2; C. J., 3, 37, 2, 1. Il n'y a aucune indivision du gage, mais le bien donné en gage était la copropriété du ou des débiteurs. Si l'action en partage intervient ici, c'est par une extension de son domaine propre. On l'applique à des cas de concours de droits différents : la propriété et le gage. M. Biondo Biondi a proposé une explication séduisante de cette anomalie. A l'origine ces textes concernaient la fiducie; il y avait alors une indivision véritable entre copropriétaires (*Legittimazione processuale*, p. 63. Cf. Kübler, *Krit. Vierteljahrsschrift*, 1914, p. 43).

(3) (5 *ad Plaut.*), D. 20, 4, *qui potiores in pign...*, 13. Il s'agissait d'une convention attribuant les loyers d'une maison vendue pour partie au ven-

A la fin du second siècle (1), Scaevola en signale une application (2). On s'est demandé, dit-il, si l'un des héritiers du créancier gagiste peut, au cas de non-paiement par le débiteur (3), faire vendre le gage pour le tout, malgré la répartition des créances opérée par le juge (4). Et j'ai répondu par l'affirmative.

Il y avait bien, dans tous ces cas, gage ou hypothèque constitué en même temps au profit de plusieurs créanciers, mais rien ne prouve qu'une théorie juridique de l'indivision du gage se fût déjà développée. De même, la pluralité de servitudes était signalée, comme fait, dès la fin de la République, alors que la reconnaissance d'une indivision ne date que de Julien (5).

Mais l'exemple signalé par Scaevola nous est l'annonce de cette évolution. Si le texte ne fait pas mention de *communio* ou d'actions en partage, il ne serait pas téméraire de prétendre qu'il les reconnaît néanmoins. Le gage, dont chaque cohéritier peut disposer, est en réalité compris dans cet ensemble de biens et de droits qui forme l'indivision héréditaire. L'exemple de Scaevola est une raison de plus de penser que la première solution favorable à l'indivision du gage intervient, comme pour beaucoup d'autres droits, en matière d'indivision héréditaire. C'était le cas qui devait

deur et pour partie à l'acheteur et garantissant ces deux créances par les gages fournis par le locataire.

(1) Le Livre I *Responsorum* est antérieur à 195 (Fitting, *Alter und Folge*, p. 67).

(2) (1 *Resp.*), D. 20, 5, *de distr. pign.*, 11 = *h. t.* (6 *Dig.*), l. 14 : *Arbiter dividendae hereditatis cum corpora hereditaria divisisset, nomina quoque communium debitorum separatim singulis in solidum adsignavit : quaesitum est, an debitoribus cessantibus pro solido pignus vendere quisque potest. respondi posse.*

(3) La l. 14 (*h. t.*) précise : au cas où l'un des débiteurs attribué par le partage à un héritier ne paie pas : *debitore sibi addicto cessante...*

(4) Nous verrons plus loin comment il peut arriver que malgré le partage de plein droit des créances et des dettes le juge du partage ait à en faire la répartition entre les cohéritiers (*infra*, p. 395).

(5) *Supra*, p. 166-167.

être le plus fréquent et dont la justification apparaissait la plus aisée.

Mais ce texte indique, peut-être, aussi un autre facteur, qui facilita grandement la reconnaissance d'une indivision du gage : la fiducie. Sous sa forme première, il concernait cette institution (1). Il prouverait le rôle important joué par la fiducie en faveur de la reconnaissance de l'indivision des sûretés réelles. Ce serait pour elle que l'indivision fut d'abord admise. Puisqu'elle conférait au créancier la pleine propriété du gage, il était tout naturel de décider que cette propriété deviendrait indivise entre ses héritiers. La menace d'un éventuel retour à l'aliénateur ne pouvait conduire à une solution divergente de celle admise pour la propriété ordinaire. Reconnue pour la fiducie, l'indivision devait l'être facilement pour le gage; celui-ci conférait aux gagistes la possession et par là laissait subsister l'élément matériel à défaut duquel la *communio* n'était pas admise sans répugnance. Toutefois, cette objection même fut levée en faveur de l'hypothèque, dont l'indivision finit également par être reconnue (2).

Si l'absence de témoignages assez nets empêchent d'affirmer, avec pleine certitude, l'indivision du gage avant l'époque de Commode, elle est par contre certaine après cette date, grâce au témoignage des *Libri ad Edictum* de Paul (3). Ce

(1) M. Lenel (*Paling.*, Scaevola, n° 23) a pu le soutenir avec vraisemblance pour la loi 14 extraite du Livre VI des *Digesta* de Scaevola. Ce livre devait traiter de la fiducie, le gage ayant déjà été étudié au Livre V. Et par conséquent la loi 11, qui relate, en termes presque identiques, la même solution, devait également concerner primitivement la fiducie (*eod.*, n° 228). En ce sens, Fehr, *Pfandrecht*, p. 121, n. 11; Erman, *Pignus hypothecave*, *Mélanges Girard*, t. I, p. 450; *contra*, Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, p. 98, n. 2. M. Lenel a maintenu son opinion : *Edictum*, p. 291, n. 6.

(2) Julien admettait déjà que l'on pouvait donner une hypothèque sur le même bien à deux créanciers à la fois (les copropriétaires du fermier), sans toutefois affirmer qu'il y avait là une véritable indivision (D. 43, 33, *de Salv. interd.*, 1, 1, *supra*, p. 181, n. 1).

(3) Sur leur date, *infra*, p. 185, n. 6.

dernier déclare que le *pignus*, devenu indivis par suite de succession échue à plusieurs héritiers, est compris dans l'action *familiae erciscundae* (1). Cela prouve, pour la fin du IIe siècle, la reconnaissance de l'indivision du *pignus*. Et c'est en matière d'indivision héréditaire que nous avons la plus ancienne preuve de son existence (2). Mais il reste vraisemblable que l'indivision du gage fut reconnue avant Paul (3). Elève de Scaevola (4), peut-être ne fait-il que reproduire sous une forme plus précise une solution déjà reconnue par ce dernier (5).

Sanctionnée, au cas de succession échue à plusieurs cohéritiers, l'indivision du gage devait bientôt l'être de façon générale, quelle qu'en fût la cause. Cette innovation apparaît comme réalisée à l'époque de Caracalla (6), et il est vraisemblable que le premier texte qui nous la signale ne fut pas celui qui la reconnut le premier (7). Ulpien, autorisant l'action *communi dividundo* pour le gage, s'exprime au style indirect ; on peut expliquer cette proposition infinitive comme étant encore régie par la proposition principale, qui commande la phrase précédente : *Julianus scribit... inquit... ait... inquit* (8). Ce serait à Julien qu'il faudrait attribuer la reconnaissance de l'indivision du gage. L'importance de son rôle

(1) (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 29 : *Si pignori res data defuncto sit, dicendum est in familiae erciscundae judicium venire...*

(2) Certains auteurs (cf. *Index interp.*, *ad h. l.*) ont cru que ce passage traitait de la fiducie. Ce serait une nouvelle analogie de sa solution avec celle de Scaevola.

(3) En ce sens, Berger, *Teilungsklagen*, p. 60.

(4) Krüger, *op. cit.*, p. 273 ; *Geschichte der Quellen*, p. 228.

(5) D'autres textes encore concernent l'indivision du gage par suite d'hérédité. Par ex. Ulpien, D. 13, 7, *de pigner. act.*, 11, 4 ; Valérien et Gallien (257), C. J., 8, 31 (32), 1 ; Dioclétien (294), *h. t.*, 2.

(6) Krüger (*Histoire des sources*, p. 289 et *Geschichte der Quellen*, p. 242) date les *Libri ad edictum* du règne de Caracalla. En ce sens, Fitting, *Alter und Folge*, p. 105.

(7) (20 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 7, 6 : *Si duo sint qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse utile communi dividundo judicium dari.*

(8) Berger, *Teilungsklagen*, p. 60.

dans l'extension du champ d'application de l'indivision rend cette hypothèse vraisemblable. La raison invoquée ici pour la justifier, l'équité (1), est celle qu'il avait fait valoir pour l'admettre en matière d'usufruit et de servitudes (2).

De cet ensemble de textes, il résulte qu'au début du IIIe siècle, et très probablement déjà auparavant, l'indivision du *pignus* était largement admise. Elle était possible au cas de gage comme à celui d'hypothèque, que l'indivision résultât de succession ou qu'elle ait été constituée entre vifs.

SECTION III

La détention.

Nous avons dans les pages précédentes laissé de côté la détention, qualifiée parfois de *possessio naturalis*, et souvent rattachée pour ce motif à l'étude de la copossession (3). Il nous a paru préférable d'en faire l'examen à part, car les difficultés que soulève ici la reconnaissance de l'indivision sont d'un autre ordre que celles relatives à la possession et aux *jura in re aliena*. Sans doute y a-t-il ici une *communio* matérielle. Mais, la détention est une situation de pur fait, et l'on peut se demander si les jurisconsultes classiques lui ont accordé une protection juridique. Malgré les affirmations des textes, M. Biondo Biondi ne l'a pas pensé, rejetant leur témoignage, qu'il déclare interpolé (4). L'examen des hypo-

(1) Cette justification par l'équité d'une solution nouvelle, dépassant parfois la logique stricte des principes, est courante chez Julien. Cf. par ex. en matière de *damnum infectum*, D. 39, 2, *de damno inf.*, 9, *pr.*

(2) Cf. également, Ulpien, D. 10, 3, 7, 12, qui traite du mode de partage du gage, et qui concernait peut-être à l'origine la fiducie (Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 98 ; *contra*, Lenel, *Paling.*, Ulpien, n° 642 ; Berger, *Teilungsklagen*, p. 60, n. 2 ; Segré, *Mélanges Girard*, II, p. 578, n. 1 ; Krüger, *Dig.*).

(3) Berger, *Teilungsklagen*, p. 82-90 ; Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 68-74.

(4) *Op. cit.*, p. 69 sq.

thèses de co-détention que présentent les textes nous donnera l'occasion d'examiner le bien-fondé de cette théorie (1).

Les cas où la remise d'une chose en confère seulement la détention sont multiples et nous ne saurions en entreprendre l'examen de détail. On peut les grouper sous deux chefs, ceux où la détention est conférée par décision de l'autorité (*missio in possessionem*) et ceux où elle résulte de l'accord des parties (louage, dépôt, commodat).

Ulpien, dans une énumération d'ailleurs incomplète, indique les divers rôles de la *missio in possessionem* (2). Rappelons seulement qu'elle est employée dans trois cas : *rei servandae causa*, *legatorum servandorum causa*, *ventris nomine*, auxquels il en ajoute un quatrième, où l'envoi en possession ne porte que sur certains biens : celui du *damnum infectum* (3).

La situation juridique des envoyés en possession est analogue dans ces diverses hypothèses. Ils n'ont que la garde de la chose, la détention (*custodia, in possessionem esse*) (4). Il s'agit,

(1) On pourrait, *a priori*, lui objecter que les raisons de principe n'ont guère inquiété les jurisconsultes praticiens de l'époque classique. Nous en avons déjà eu la preuve plusieurs fois.

(2) D. 42, 4, *Quibus ex causis in poss. eantur*, 1. Cf. Pomponius, D., *h. t.*, 12.

(3) Cette classification n'est que schématique. Elle suffit à notre objet. Il faudrait encore signaler la *missio Antoniniana* (D. 36, 4, 5, 16-21), celle accordée au fidéicommissaire contre les tiers acquéreurs de mauvaise foi (*Sent.* de Paul, IV, 1, 15), la *missio Hadriana* (*Sent.* de Paul, III, 5, 14-18), etc. Voir, pour un exposé d'ensemble des divers cas, Cuq, v° *Missio in possessionem* au *Dictionnaire* de Daremberg et Saglio.

(4) Julien (44 *Dig.*), D. 41, 5, *pro herede*, 2, *pr.* : *Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem ejus qui pro herede usucapit* (c'est donc la preuve qu'il ne possède pas lui-même) : *custodiae enim causa rem tenet.* Ulpien (52 *ad ed.*), D. 36, 4, *ut in poss. leg.*, 5, *pr.* : *...nec tam possessio rerum ei quam custodia datur*; Pomponius (23 *ad Q. Mucium*), D. 42, 4, *quibus ex causis...*, 12 : *Cum legatorum vel fideicommissi servandi causa, vel quia damni infecti nobis non caveatur, bona possidere praetor permittit, vel ventris nomine in possessionem nos mittit, non possidemus, sed magis custodiam rerum et observationem nobis*

en effet, de simples mesures de protection, doublées parfois de peines à l'égard du possesseur (pour refus de la *cautio damni infecti*, de la *cautio legatorum*, pour non-exécution de la sentence ou refus de venir défendre). Il suffit de permettre au *missus* de s'installer sur la chose, afin de la surveiller; la gêne que causera sa présence au détenteur récalcitrant contraindra celui-ci à céder aux demandes de son adversaire (1). Certains droits lui sont d'ailleurs reconnus, tels que la perception des fruits (2), ou le droit de faire les réparations d'entretien.

L'envoi de plusieurs personnes en possession d'une même chose, soit au même titre, soit à des titres différents, est souvent signalé par les textes. Elles peuvent obtenir l'envoi en possession *damni infecti causa*, soit en même temps, soit successivement (3). Le concours de deux *missiones in possessionem ventris nomine* est signalé pour le cas où le père meurt laissant enceintes deux femmes, qu'il a eu successivement pour épouses (4). De même, tous les légataires qui veulent profiter de l'envoi en possession doivent le demander, car la mesure n'a qu'un caractère individuel. Au contraire, les créanciers qui veulent obtenir l'envoi en possession *rei servandae causa* peuvent charger l'un d'eux de cette opération (5).

concedit (Cf. Paul, D. 41, 2, *de adquir. vel amitt. poss.*, 3, 23; Pomponius, dans Ulpien, D. 41, 2, 10, 1; Ulpien, D. 43, 17, *uti possidetis*, 3, 8, qui leur refuse l'interdit *uti possidetis... quia non possident*).

(1) Ulpien, D. 36, 4, *ut in poss. leg.*, 5, *pr.* : *...ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.*

(2) D. 36, 4, *ut in poss. leg.*, 5, 22.

(3) Ulpien (53 *ad ed.*), D. 39, 2, *de damno inf.*, 15, 15 : *Si plures sunt, qui postulent ut caveatur, omnes mitti in possessionem solent. idemque Labeo probat et si prius quis in possessionem missus sit et alius mitti desideret : nam non spectabimus ordinem sed habebunt ambo possessionem.*

(4) Ulpien (41 *ad ed.*), D. 37, 9, *de ventre in posses. mitt.*, 1, 16 : *Si quis prima uxore praegnate facta mox aliam duxerit eamque praegnatem fecerit diemque suum obierit, edictum ambobus sufficiet...*

(5) Ulpien (52 *ad ed.*), D. 36, 4, *ut in poss. leg.*, 5, 2 : *Si plures legatarii mitti in possessionem desideraverint, omnes venire debent in possessionem : is enim, qui ex causa legatorum possidet, sibi, non alii possidet. alia*

Elle a un caractère collectif, et faite par un seul elle profite à tous. Enfin des *missiones in possessionem* d'origines différentes peuvent coexister sur un même bien : telles celle *legatorum servandorum causa* et celle pour *damnum infectum*. Mais le concours peut ici être évité, si le légataire envoyé en possession consent à fournir la caution au voisin menacé (1). Ce concours entre deux envois en possession n'est d'ailleurs pas toujours possible. Certains sont préférables et en quelque sorte exclusifs des autres. Ainsi l'envoi en possession pour garantir les droits éventuels d'un posthume empêche les légataires de réclamer la *missio legatorum* (2). C'est là, semble-t-il, une règle exceptionnelle, admise pour renforcer la protection du futur héritier.

L'opportunisme a donc joué un grand rôle dans toute cette organisation des *missiones in possessionem*. Institution prétorienne, à but protecteur ou coercitif, elle cède devant les nécessités pratiques. Selon les circonstances elle est exclusive de tout concours, ou bien admet la possibilité de deux *missiones* sur le même bien.

Il serait surprenant, dans ces conditions, qu'une règle de principe ait suffi à condamner ici l'emploi des actions en partage. Au cas de pluralité d'envoyés en possession, il pouvait y avoir lieu à des règlements de comptes pour dépenses ou profits réalisés par un seul sur la chose détenue. Les actions en partage étaient utiles ici. Aussi Ulpien affirme-t-il la possibilité d'intenter l'action *communi dividundo* au cas de *mis. in poss. leg. serv. causa* ou *ventris nomine* (3). Il est

est causa, cum creditores rei servandae causa mittuntur in possessionem : nam is qui possidet non sibi, sed omnibus possidet.

(1) Ulpien (52 *ad ed.*), 36, 4, *ut in poss. leg.*, 5, 1 : *Si alius damni infecti nomine missus sit in possessionem, alius legatorum servandorum causa, posse eum, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est, etiam damni infecti satisdare...*

(2) Marcien (3 *Reg.*), D., *h. t.*, 7 : *Dum venter in possessionem est, nullus legatorum servandorum causa in possessionem esse potest.*

(3) (20 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 7, 8 : *Item si duo a praetore missi sint in possessionem legatorum : [est enim justa causa possidendi custodiae*

probable que cette solution avait déjà été reconnue par Julien, qu'Ulpien suit fidèlement dans tout ce texte, et qu'il se contente d'approuver (*quod habet rationem*).

Une autre preuve de la reconnaissance de l'action en partage au cas de simple co-détention est donnée *a contrario* par un autre fragment d'Ulpien, refusant cette action au colon ou au dépositaire « *quamvis naturaliter possideant* » (1). C'est donc que normalement la simple détention (*naturalis possessio*) suffit à l'autoriser.

Nous avons laissé à part le cas très particulier du *damnum infectum*. C'est qu'ici la *missio in possessionem* se fait, si l'on peut dire, à deux degrés. Par un premier décret le préteur

gratia]. *ergo et si duo ventres, idem erit dicendum : quod habet rationem.* L'interpolation du motif donné ici pour justifier l'octroi d'action en partage est communément admise. Elle a été inspirée par le § 3 du même texte et son caractère dogmatique détonne avec les solutions de pure pratique qui sont celles des classiques. Elle est, en outre, inexacte, car la *custodia*, qui ne confère que la détention, ne peut être une *justa causa possidendi* (Cf. Berger, *Teilungsklagen*, p. 84; Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 70; Albertario, *Actio C. D.*, *Studi di Pavia*, t. II (1913), p. 84-85; Krüger, *Dig.* (?); Seligsohn, *Justa possessio*, p. 35, n. 128 et p. 46). Quant à l'hypothèse de M. Biondo Biondi (*eod.*) rattachant dans le texte primitif le § 8 au § 4, et lui faisant dire le contraire de ce qu'il dit maintenant en lui prêtant une réponse négative, elle est dictée beaucoup plus par la conception générale de l'auteur que par les règles de la critique textuelle. De même pour l'hypothèse proposée par M. Albertario (*loc. cit.*, p. 86) qui, très nettement, pose le principe de l'interpolation (p. 83) et cherche dans les pages suivantes à l'établir par l'étude des textes. La contradiction relevée par M. Biondo Biondi entre ce passage et ceux qui refusent l'action *C. D.* au cas de *damnum infectum* impliquerait une théorie unique sur les diverses *missiones in possessionem*, qui reste à établir.

(1) (20 *ad ed.*), D. 10, 3, 7, 11 : *Neque colonis neque eis qui depositum susceperunt hoc judicium competit quamvis naturaliter possideant.* Aussi M. Biondo Biondi soutient l'interpolation du texte à partir de *quamvis* (*Legittimazione processuale*, p. 74), mais sans en donner d'autre preuve que son principe directeur : les classiques n'ont pas admis les actions en partage pour la détention. On ne saurait donc invoquer cette prétendue interpolation sans s'enfermer dans un cercle vicieux. Bonfante (*Scr. giur.*, t. III, p. 536 et 551, n. m.) propose de lire, au lieu de *quamvis*, *cum* ou *quia*, mais sans apporter de nouvel argument en faveur de l'opinion de M. Biondo Biondi.

donne au voisin menacé la détention de l'immeuble dangereux et si, dans un certain délai (1), ce réclamant n'obtient pas satisfaction, il lui en confère par un second décret la propriété prétorienne (2).

C'est seulement cette seconde situation qui est protégée par l'action *communi dividundo*. Au cas de *missio ex primo decreto*, les textes la déclarent impossible (3). Elle le devient au contraire après le second envoi en possession. Cette solution était, au témoignage de Julien, déjà admise par Proculus à la fin du 1er siècle de notre ère (4). Plus tard, Ulpien autorisera l'emploi de l'action pour régler des dépenses faites après le premier envoi en possession, pourvu que la demande ne soit intentée qu'après le second (5).

(1) Ulpien (53 *ad ed.*), D. 39, 2, *de damno inf.*, 15, 21.

(2) Les termes de l'Edit rapportés par Ulpien font déjà nettement la distinction (53 *ad ed.*), D. 39, 2, *de damn. inf.*, 7, *pr.*: *...eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum justa causa esse videbitur etiam possidere jubebo. in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, judicium dabo...* Cf. *h. t.*, 15, §§ 16, 20, 21. L'envoyé en possession *ex secundo decreto* a la Publicienne, D., *h. t.*, 18, 15 (Appleton, *Propriété prétorienne*, t. I, p. 232 ; Berger, *Teilungsklagen*, p. 87, n. 2).

(3) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 3, 4, 4 : *Eapropter scribit Julianus, si missi in possessionem damni infecti simus et ante, quam possidere juberemur, ego insulam fulsero, sumptum istum communi dividundo judicio consequi me non posse.*

Le paragraphe précédent indique nettement que le refus de l'action tient ici, non pas à ce qu'il s'agit de règlements pécuniaires, mais à ce que l'opération a eu lieu *ante... quam res communis esset.*

(4) Julien (2 *ad Urs. Feroc.*), D. 10, 3, *C. D.*, 5 : *Sed si res non defenderetur et ideo jussi sumus a praetore eas aedes possidere [et ex hoc dominium earum nancisceremur], respondit Proculus communi dividundo judicio partem ejus impensae me servaturum esse.* Sur l'interpolation, cf. Bonfante, *Corso*, II, 1, p. 359, n. 9 et p. 360, qui précise qu'en droit classique le second envoi en possession ne donne pas la propriété quiritaire.

(5) (53 *ad ed.*), D. 39, 2, *de damno inf.*, 15, 19 : *Sed si quis eorum missus in possessionem sumptum fecerit, deinde jubeatur possidere, an sumptum consequi possit is qui fecit et quo judicio? et placet communi dividundo judicio consequi eum posse.*

Il y a une part de conjecture importante dans l'attribution que fait M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 86) de cette solution à Julien sur la seule foi du mot *placet*.

L'octroi de l'action en partage aux envoyés en possession *ex secundo decreto* s'explique parfaitement par la solution de principe donnée au § 2 : ceux qui peuvent intenter la Publicienne ont l'action *communi dividundo*. Après les propriétaires prétoriens et les possesseurs de bonne foi, les envoyés en possession fournissent un nouvel exemple de personnes pouvant user des actions en partage parce qu'ayant l'action publicienne (1). Quant au refus de l'action aux envoyés *ex primo decreto*, on pourrait peut-être en chercher la cause dans une raison de pure pratique. L'envoi en possession *ex primo decreto* n'est qu'une situation temporaire. Son but premier est de faire céder le propriétaire récalcitrant en lui imposant la gêne d'une occupation de son fonds. Si le procédé réussit, l'envoi en possession cesse et toute action en partage est inutile, la *communio* n'ayant pas duré longtemps. S'il échoue, ce que l'on verra rapidement par la persistance du propriétaire à refuser la *cautio damni infecti* ou à réparer son immeuble, le second décret interviendra ; pour assurer la protection juridique à une situation qui prend un caractère durable, on autorise l'emploi des actions en partage. Ce serait le caractère très passager et surtout comminatoire de la mesure qui expliquerait la différence de solution (2).

On peut à l'aide de ces remarques tenter l'explication d'une phrase d'Ulpien où réside toute la difficulté de la matière, et qui fournit le seul argument de texte appréciable à l'opinion de M. Biondo Biondi :

Plane si jam damni infecti missus jussus sit possidere, non erit huic utili judicio locus, cum vindicationem habere possit (3).

(1) Le fait incontesté (*supra*, p. 191, n. 2) que les envoyés en possession *ex secundo decreto* ont la Publicienne est une grave objection à la théorie sur laquelle se fonde M. Biondo Biondi pour déclarer impossibles les actions en partage entre *missi in possessionem*, à savoir que c'est une situation de pur fait, sans protection juridique.

(2) M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 89), dans la reconstruction qu'il propose du § 9, admet au contraire, sans en donner les motifs, la possibilité en droit classique de l'action en partage dès le premier envoi en possession.

(3) (20 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 7, 9.

L'hypothèse envisagée est celle du *missus in possessionem ex secundo decreto*. Il est fait allusion au premier décret par les mots : *jam damni infecti missus*; *possidere* désigne, au sens strict, la situation qui suit le second décret. Dans ce cas, l'action utile n'est pas possible. Une première explication de cette solution pourrait être recherchée dans l'emploi du singulier *si missus... jussus sit*, et l'on pourrait prétendre que l'hypothèse concerne un conflit entre l'envoyé en possession et le propriétaire du fonds menaçant. Cette interprétation pourrait se prévaloir d'une scolie de Stéphane (1). Et le fait que pareil conflit entre propriétaire et titulaire d'un droit réel est envisagé par Ulpien quelques paragraphes plus loin, à propos du gage (§ 13), rend cette idée moins bizarre qu'elle ne l'a semblé à M. Berger (2).

Si cette interprétation peut sembler hasardeuse, il est, en tout cas, incontestable que le refus de l'action utile implique l'admission de l'action directe, et cela parce que nous ne sommes pas dans un de ces cas auxquels fait allusion le § 3 : *Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat... utile communi dividundo competit.* Ici il y a *vindicatio* (sous la forme directe après le délai d'usucapion, sous forme utile [Publicienne] avant), aussi y aura-t-il action directe (3). Ainsi se concilie le texte avec les solutions rencontrées plus haut et qui sont

(1) Sc. Ἐὰν δύο (Basiliques, 12, 2, 7 : Heimbach, I, p. 801).

(2) Berger (*Teilungsklagen*, p. 90), qui se contente de répondre : *Dass diese Auffassung irrig ist, liegt auf der Hand.* Cette interprétation est au contraire défendue par M. Biondo Biondi (*Legittimazione processuale*, p. 71).

(3) Cette interprétation est celle des scolies sur le texte. Celle citée *supra* (n. 1) reconnaît dans sa finale que le *missus in possessionem* est devenu *dominus* (δεσπότης). Cyrille, sc. οἱ εἰς (*eod.*), précise cette pensée : οἱ δέ εἰς δευτέραν νομήν ἐκ τῆς δαμνι ἰμφεκτι πεμφθέντες διρέκτως κινοῦσιν ; de même la sc. Ἔμαθες γὰρ ανωτερω, ὅτι ἔχοντες τήν ἐν ῥέμ διρέκτως κινοῦσι τό κομμοῦνι διβιδοῦνδο.

Mais M. Berger refuse d'admettre la possibilité d'une action directe au cas de *missio in possessionem* (*Teilungsklagen*, p. 90). Ses arguments ne sont pas probants : l'analogie des cas de *missio in possessionem legatorum servandorum causa* ou *ventris nomine* (p. 89), parce que ces cas ne concernent que la détention, et pas la propriété prétorienne, qui est ici en jeu ; l'interpréta-

incontestablement classiques. Point n'est besoin pour y parvenir de le prétendre totalement interpolé (1).

Les solutions sont tout à fait divergentes lorsque la détention résulte de l'accord des parties. Ulpien refuse aux fermiers et aux dépositaires l'action *communi dividundo* (2). Quant au commodataire, aucun texte ne fait allusion à la possibilité ou au refus d'action en partage à son égard. Rappelons enfin qu'entre précaristes l'action *communi dividundo* est impossible (3).

Ce sont des motifs analogues qui ont dû guider les jurisconsultes classiques dans ce refus. Peut-être faut-il les chercher dans une double voie : le caractère temporaire et le caractère contractuel de ces rapports. Il est en effet manifeste qu'aucune raison de principe n'a fait écarter ici les actions en partage. Ulpien présente cette solution comme une exception à leur exercice entre détenteurs (*quamvis naturaliter possideant*). Sa phrase semble sous-entendre qu'elles seraient ici inutiles. En effet, si le régime de l'indivision s'est généralisé pour des motifs d'équité et d'utilité, il est normal qu'on l'ait écarté là où il apparaissait inutile. Par leur nature même, les contrats que nous envisageons sont de caractère temporaire. Ils consistent dans la remise d'une chose

tion de D. 39, 2, 18, 15 (p. 88), parce qu'elle en force les termes, le texte ne parlant que de l'interdit *unde vi* et de la Publicienne.

Nous avons vu (*supra*, p. 150 et 191, n. 2) ce que l'on peut objecter à la prétendue interpolation de *cum vindicationem habere possit*, ce qui réfute la principale objection faite à ce passage.

(1) Bonfante (*Corso*, II, 1, p. 362, n. 3, et *Scr. giur.*, t. II, p. 376, n. 2); M. Arangio-Ruiz, *Riv. it. sc. giur.*, t. LII (1913), p. 228, croit que le texte primitif admettait l'action en partage pour les envoyés en possession. Quant à M. Albertario (*Actio C. D., Studi di Pavia*, t. II (1913), p. 87-88), il résout la contradiction apparente entre ces divers textes en y voyant la trace d'une réforme byzantine, qui seule aurait reconnu la légitimité de l'action *C. D.* entre les détenteurs.

(2) D. 10, 3, 7, 11 (*supra*, p. 190, n. 1).

(3) D. 10, 3, 7, 4 (*supra*, p. 143, n. 3 et p. 154). Il n'est question ici que de l'indivision relative à la détention de la chose, non de celle concernant les obligations nées de contrats (obligation de garder, de restituer la chose, etc.) qui seront examinées dans la section suivante.

que le fermier, le précariste, le dépositaire, le commodataire devront restituer. S'ils ne la gardent que peu de temps, aucune question ne se posera à son égard, qui nécessite un recours aux actions en partage (1). Mais si la durée de ces rapports peut être brève, elle est, dans certains cas, plus longue, ainsi que cela a normalement lieu pour le bail à ferme. Aussi ce premier motif, qui a pu contribuer à rendre inutiles les actions en partage, ne suffit-il pas à justifier leur exclusion totale.

C'est alors qu'il faut faire intervenir le caractère contractuel du rapport. Ces contrats ne sont en général conclus qu'avec une seule personne. Si par exception plusieurs sont appelés à y participer, les clauses mêmes de la convention pourront prévoir les difficultés résultant de cette pluralité et en assurer le règlement. La situation n'a pas le caractère d'imprévision, propre à l'indivision résultant de causes fortuites. On l'a voulue, et on a pu en prévoir l'organisation. Enfin il reste toujours une personne, étrangère aux débats, qui pourra les éviter ou les faire cesser s'ils viennent à se produire. Ce sera le bailleur ou le concédant à précaire, le déposant ou le commodant. C'est à eux que s'adresseront les indivisaires pour régler leurs différends. Ce sont eux qui les feront cesser, en résiliant le contrat au cas de difficultés. Sans doute ces justifications ne permettent-elles pas d'expliquer l'absence des actions en partage pour toutes les causes de détention. Elles rendent compte cependant de leur inutilité dans la plupart des cas. Cela suffit, semble-t-il, à expliquer le refus des actions en partage, admises en d'autres matières sous la pression de besoins plus impérieux.

C'est donc une construction peu satisfaisante, au point de vue logique, que les classiques nous ont laissée de l'indivision au cas de détention. Les principes ne les ont conduits ni à refuser l'action en partage, sous prétexte qu'il n'y avait pas

(1) Cette idée avait déjà été signalée par Cujas : *Comment. in Tit. III, Comm. div., Lib. X Dig., ad L. VII* (t. VII, col. 575 C).

là de situation juridique reconnue, ni à l'admettre toujours, parce qu'ils l'avaient admise quelquefois. Seule les a guidés, ici comme dans toute notre matière, la règle toute pratique d'autoriser l'emploi des actions en partage là où elles étaient nécessaires, sans en étendre le champ d'application là où d'autres moyens permettaient d'y suppléer.

SECTION IV

Les obligations.

C'est le domaine des droits réels qui constitue le champ d'application normal de l'indivision. Nécessité inéluctable au cas de dévolution successorale à plusieurs héritiers, elle fut reconnue par le droit plus ou moins tôt, selon que la nature propre des divers rapports juridiques y paraissait plus ou moins prédisposée. C'est qu'aussi bien le partage immédiat, et en quelque manière automatique, ne pouvait s'appliquer à des choses corporelles ayant une unité foncière. Par une conséquence qu'il faut, semble-t-il, toujours expliquer par l'antique confusion de la chose et du droit, dont elle est l'objet, les droits réels, eux aussi, restent entiers, tant qu'une opération de partage n'est pas intervenue à leur égard. Ainsi l'indivision s'impose pour eux, comme une situation d'attente, jusqu'au jour où leurs titulaires en demanderont la cessation.

Il devait en être autrement pour les droits personnels, créances et dettes. Dès l'époque ancienne, leur division s'opère, sans qu'il soit nécessaire de recourir au partage. Les témoignages concordent pour faire remonter cette solution à la loi des XII Tables (1). C'est vraisemblablement parce que le rap-

(1) XII Tables, V, 9. Le témoignage le plus net est celui de Gordien, C. J., 3, 36, *F. E.*, 6 : *Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem, cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege XII Tabularum divisa sunt* (238-244); également : C. J., 8, 31 : *Si unus ex pluribus heredibus creditoris...*, 1 (Valérien et Gallien, 257) : *Manifesti et indubitati juris est*

port obligatoire n'impliquait pas un lien aussi étroit entre le droit et la chose sur laquelle il portait que l'on put en admettre plus facilement la divisibilité. Si le droit n'est qu'un rapport intellectuel entre créanciers et débiteurs, il est simple d'en concevoir le fractionnement entre eux, sans que pour autant la chose, objet du droit, ait été matériellement divisée. Mais cette notion de l'obligation, conçue comme rapport intellectuel, suppose une perfection déjà grande des concepts juridiques et l'on ne saurait affirmer qu'elle ait été atteinte par les contemporains des XII Tables. Qu'elle ait facilité la reconnaissance de la divisibilité des obligations en droit classique, la chose paraît vraisemblable. Qu'elle ait permis, dès l'origine, de l'imposer, on en pourrait douter. On peut alors songer à trouver dans l'objet des obligations la cause de cette divisibilité. Celui-ci est fréquemment une somme d'argent, pour laquelle la division apparaît comme une simple opération de comptes.

Le caractère normalement pécuniaire de l'obligation, notion simple et concrète, permit d'en reconnaître la divisibilité, bien plus que l'idée tout abstraite de rapports juridiques entre deux personnes. Mais lorsqu'une analyse juridique plus fine eut dégagé cette idée, elle l'emporta sur la première, car elle seule permet d'expliquer telle solution classique où la

defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eas ex lege XII Tabularum dividi. Et pour les obligations passives, C. J., 2, 3, *de pactis,* 26 (Dioclétien et Maximien, 294) : *...ex lege XII Tabularum aes alienum hereditarium pro portionibus quaesitis singulis ipso jure divisum...*, et déjà Caracalla, C. J., 8, 35, *de except.*, 1 (212) : *Debitores quidem hereditarii unicuique heredum pro portione hereditaria antiqua lege obligati sunt*; cf. Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 9 et 13, qui se réfère à la loi des XII Tables ; Ulpien (19 *ad ed.*), D., *h. t.*, 2, 5 et 4, *pr.* La concordance de ces témoignages a permis à bon droit à M. Berger de s'étonner des allégations de Binder, qui repousserait jusqu'à la fin de la République la division des obligations *ipso jure* (*Teilungsklagen,* p. 5, n. 6). Cette doctrine, reprise par M. Korosec (*Erbenhaftung nach römisch. Recht*, p. 52 sq.) et adoptée par MM. Cornil (*Ancien Droit romain*, p. 117) et Pringsheim (*Studi Bonfante,* I, p. 569, nos 116-117), vient d'être à nouveau contestée par M. Solazzi (*Dirit. eredit.*, t. I, p. 77-82).

divisibilité est affirmée pour des obligations dont l'objet est un corps certain ou un genre (1).

Quoi qu'il en soit de ces hypothèses (2), il est des cas exceptionnels où cette différence entre droits réels et obligations n'existe pas et où celles-ci sont source d'indivision. C'est cette situation qui seule nous retiendra ici. Mais auparavant il importe de préciser et de limiter l'objet de cet examen. Ce n'est pas le lieu ici d'entreprendre une étude approfondie de la délicate matière des obligations indivisibles. On sait les difficultés qu'elle a de tout temps soulevées et les travaux qu'elle a suscités encore récemment (3). Mais on ne pouvait, dans cet examen des droits susceptibles d'indivision, négliger les obligations.

Nous écarterons de nos recherches les obligations solidaires. Le lien qui unit les créanciers ou les codébiteurs solidaires n'a pas la même nature que celui qui existe entre co-titulaires d'obligations indivisibles. La solidarité affecte le régime des obligations, soit par la volonté des parties, soit, plus rarement, par la décision de la loi. Jamais elle ne résulte de la nature ou de l'objet propre de l'obligation (4). L'indivisibilité résulte, au contraire, de ces derniers, et la volonté

(1) Par ex. Julien (22 *Dig.*), D. 45, 1, *de verb. oblig.*, 54, *pr.* : *...cum species stipulamur, necesse est inter dominos et inter heredes ita dividi stipulationem, ut partes corporum cuique debebuntur, quotiens autem genera stipulamur, numero fit inter eos divisio...*

(2) D'autres hypothèses ont été présentées pour expliquer cette règle, dont Bonfante avait déjà signalé le caractère anormal : intransmissibilité primitive des obligations (Korosec, *Erbenhaftung*, p. 17, 72 sq.; Rabel, *Z. S. St.*, t. L, 1930, p. 321); nécessité d'une disposition législative pour les faire passer aux agnats et aux *gentiles* (Solazzi, *Diritto eredit.*, t. I, p. 85).

(3) Voir à côté des ouvrages anciens, dont le principal reste celui d'Ubbelohde, *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen* (1862) : Bonfante, *La solidarita classica delle obbligazioni indivisibili, Scrit. giur.*, t. III, p. 368-375; Guarneri Citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano, Annali... di Palermo*, t. IX (1921), 263 p.; Beseler, *Romanistiche Studien : Unteilbare Obligationen, Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 84-104; Segré, *Concetto e genesi della obbligazione, obbligazioni solidali e indivisibili, Corso*, 1929.

(4) Cuq, *Inst. jur.*, p. 376-377.

des parties est, en principe, aussi impuissante à la créer qu'à l'écarter. Sans doute, les parties peuvent-elles convenir de l'indivisibilité de l'obligation. Mais c'est en déclarant conventionnellement et fictivement que l'objet de l'obligation est indivisible. C'est là quelque chose de très différent de la clause de solidarité et, en définitive, c'est encore l'objet de l'obligation qui détermine l'indivisibilité. Celle-ci est donc normalement quelque chose d'involontaire; on peut comparer ses rapports avec la solidarité à ceux de l'indivision elle-même et de la société. Pour cette raison nous devons écarter la solidarité de notre étude.

De même, nous négligerons ici, pour les retrouver plus tard, les cas où, malgré la divisibilité de l'obligation, l'exécution en est poursuivie pour le tout, par suite d'un accord spécial entre les indivisaires (1), ou lorsque, de son propre gré, l'un d'eux s'acquitte pour le tout d'une dette divisible (2).

D'après l'état actuel de nos sources, c'est seulement à la fin du IIe siècle (3) que la question des obligations indivisibles fit l'objet d'études approfondies. C'est avant tout à Paul et, dans une moindre mesure, à Ulpien que les Compilateurs ont emprunté des textes sur la matière, et il est permis de croire que ces deux jurisconsultes étaient, parmi les classiques, ceux qui s'en étaient occupés avec le plus d'attention. Il n'est pas surprenant, d'ailleurs, que la jurisprudence classique n'ait abordé ce délicat problème avec une certaine ampleur qu'à l'époque de son plus haut développement.

(1) D. 10, 2, *F. E.*, 2, 5; 3.

(2) D., *h. t.*, 25, 13-15; 28.

(3) La plus grande partie des *Libri ad Edictum* de Paul, dont les Livres XXIII, LXXIV et LXXV traitent des obligations indivisibles, sont du règne de Commode (180-192) et du début de celui de Septime Sévère. L'ouvrage fut en tout cas achevé avant 195. — Ceux *ad Sabinum*, dont les Livres XII et XIV furent ici utilisés, ne sont pas postérieurs à Septime Sévère (193-198) et peut-être contemporains de Marc-Aurèle (161-180), donc antérieurs aux *Libri ad Edictum* (Fitting, *Alter und Folge*, p. 85 et 87; Krüger, *Sources*, p. 275; *Geschichte der Quellen*, p. 230-231). Les œuvres d'Ulpien sont contemporaines de Caracalla (212-217) (Fitting, *op. cit.*, p. 104; Krüger, *Sources*, p. 286; *Geschichte der Quellen*, p. 240).

Néanmoins, la question avait déjà arrêté des jurisconsultes antérieurs ; sur certains points Paul et Ulpien ne feront que reprendre ou discuter leurs solutions.

On chercherait d'ailleurs en vain une construction d'ensemble, même chez ces derniers. Ce ne sont que décisions particulières, gravitant autour de cette idée générale : c'est l'indivisibilité de l'objet qui entraîne celle de l'obligation. Si certains textes se présentent, au Digeste, comme l'œuvre d'esprits dogmatiques et constructeurs, c'est à la main des Compilateurs qu'il faut attribuer cette ordonnance harmonieuse, façade parfois trompeuse, derrière laquelle subsiste l'infinie variété des cas d'espèce.

Le premier texte qui présente une vue d'ensemble de la question est un fragment du Livre XII *ad Sabinum* de Paul, inséré au D. 45, 1, *de verb. obligat.*, 2 (1). Paul commence

(1) *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. 1. Et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur : quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam iter actum stipulamur : quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor aut lancem aut quodlibet vas : nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest aut in pendenti est, donec alius detur. ejusdem condicionis est haec stipulatio :* « *Stichum aut Pamphilum dari ?* ». 2. *Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eandem rem omnes dederint : non enim ex persona heredum condicio obligationis immutatur. et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur* [*: sed quo casu unus ex heredibus solidum praestiterit, repetitionem habebit a coherede familiae erciscundae judicio*] (a). *ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viae vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem : sed quidam hoc casu extingui stipulationem putant, quia per singulos adquiri servitus non potest* [*: sed non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis*] (b). 3. *Si tamen hominem stipulatus cum uno ex heredibus promissoris egero, pars dumtaxat ceterorum obligationi supererit, ut et solvi potest. idemque est, si uni ex heredibus accepto latum sit.* 4. *Idemque est in ipso promissore et fidejussoribus ejus, quod diximus in heredibus.* 5. *Item si in facto sit stipulatio,*

(a) Perozzi, *Istit.*, II, p. 92, n. 5; Baviera, *Scr. giur.*, I, p. 163.
(b) Arno, *Obbligazioni indivisibili*, p. 385, note.

par y distinguer deux classes d'obligations, celles qui consistent en un *dare* et celles qui ont pour objet un *facere*. Mais il apparaît par l'examen plus détaillé du texte que ces dernières, dans la pensée de Paul, comprennent aussi bien celles qui ont pour objet un fait que celles qui se réduisent à une abstention. Car voulant donner un exemple des obligations de *facere*, il cite la promesse d'abstention (1). Dans toutes ces hypothèses, nous dit le jurisconsulte, les obligations sont tantôt divisibles, tantôt indivisibles. Mais il se garde bien de donner un critère permettant de distinguer nettement ces deux catégories. S'il indique que certaines sont naturellement indivisibles (*natura*) (2), parce que le fractionnement de leur

veluti si ita stipulatus fuero : « per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat ? », et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes ejus[*, sed familiae erciscundae judicio ab eo repetent quod praestiterint. hoc et Julianus et Pomponius probant*] (a). 6. [*Contra autem*] *si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus ejus prohibeatur* [*, interesse dicemus, utrum*] (b) *in solidum committatur stipulatio* [*an pro parte ejus, qui prohibitus est. nam si poena stipulationi adjecta sit, in solidum committetur, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur : si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte ejus tantum qui prohibitus est committetur stipulatio*] (b).

(1) § 5. Cette expression est d'ailleurs courante : *facere* implique les obligations de s'abstenir dans de nombreux textes de Paul, D. 45, 1, 2, *pr.*; *h. t.*, 4, 1; *h. t.*, 49, 2; 44, 7, *de obligat.*, 3, *pr.*; 50, 16, *de verb. sign.*, 189 : « *Facere oportere » et hanc significationem habet, ut abstineat quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret...* Cf. Gaius, IV, 2; Guarneri Citati, *Ann... Palermo*, t. IX (1921), p. 193 et n. 3. *Contra*, Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 99-100, qui pour ce motif soutient l'interpolation du *pr.* et du § 5 [*item si in facto sit stipulatio, veluti*].

(2) *Natura* ne signifie pas que l'indivisibilité soit déterminée par la nature physique de l'objet de l'obligation. Car on ne saurait parler d'indivisibilité pour une raison physique à propos de la servitude. L'indivisibilité de la servitude est imposée par la technique juridique, non par une conformation physique, qui lui est étrangère. Inversement Paul affirme qu'un esclave, une lance ou un vase ne sont pas indivisibles *natura*, bien que physiquement le par-

(a) Guarneri Citati, *Ann. Palermo*, 1921, p. 187-188.

(b) Guarneri Citati, *op. cit.*, p. 201-227, et les auteurs cités *eod.* Cf. *infra*, p. 283, n. 2.

exécution est impossible (par exemple la promesse de constituer une servitude de passage), il ajoute aussitôt que d'autres sont également indivisibles, encore que la prestation partielle de l'objet de l'obligation ne soit pas impossible *natura*. Telle est l'obligation qui porte sur un esclave, une lance ou un vase (1). Et plus loin il range parmi les obligations indivisibles les obligations de *facere*, telle que celle de ne pas gêner l'exercice d'une servitude (§ 5).

La même méthode, plus descriptive que constructive, se retrouve dans un passage quelque peu postérieur d'Ulpien (2), au Livre XX *ad edictum* (D. 45, 1, 72, *pr.*) (3). Lui aussi signale des obligations indivisibles, soit qu'elles portent sur une constitution de servitude, soit qu'elles aient pour objet un *facere*. En présence de cette méthode, il ne serait pas sans danger de se laisser entraîner à des formules absolues, oppo-

tage s'en conçoive assez mal. *Natura* désigne ici bien plutôt la condition juridique que la consistance physique des choses. Bien que *natura* soit employé par les Byzantins, nous n'y voyons pas un motif suffisant pour retenir, avec M. Beseler (*loc. cit.*), l'interpolation de ***ut in his, quae natura divisionem non admittunt.***

(1) Paul semble professer une opinion divergente de celle de Julien (D. 45, 1, 54, *pr.*; *supra*, p. 198, n. 1) en tenant pour indivisible la stipulation portant sur un esclave, alors que Julien déclarait : ***dividi stipulationem.*** La divergence n'est qu'apparente : Paul se préoccupe de l'exécution de la prestation, qui est indivisible, alors que Julien envisage l'acquisition des droits par les divers copropriétaires, qui se partagent entre eux, et qui aboutit à une copropriété. Paul traite de l'exécution de l'obligation. Julien de la situation qui en résultera pour les créanciers devenus copropriétaires.

(2) Sur la date respective des livres de Paul et d'Ulpien, Cf. ***supra***, p. 199, n. 3.

Nous n'utiliserons pas ici un autre passage de Paul (D., *h. t.*, 85), qui semble également faire une construction de la question et qui fut fortement retouché par les Compilateurs. Ce texte, qui traite plus spécialement de l'exécution des obligations indivisibles, aura sa place plus loin (***infra***, p. 215, n. 5; p. 282, n. 4; p. 284, n. 1).

(3) ***Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium. idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem.*** M. Beseler, Z. S. St., 1926, p. 102, prétend que « ***ut puta... stipulationem*** » est interpolé.

sant de façon tranchée les obligations divisibles et les obligations indivisibles (1).

Les textes mentionnent le plus souvent, parmi les obligations de *dare*, celles de constituer une servitude. Celle-ci est en effet le principal droit réel indivisible. Aussi l'obligation de constituer une servitude est toujours indivisible, alors que, pour celle de transférer la propriété, tout dépend de l'objet sur lequel porte cette propriété. Gaius signale l'indivisibilité du legs de *via, iter, actus* (2). De même, Paul, qui avait déjà mentionné l'indivisibilité de la créance et de la dette portant sur une constitution de servitude de passage, dans son commentaire de droit civil, à propos des obligations (3), l'indique à nouveau dans le livre *ad edictum*, où il traite de l'action *familiae erciscundae* (4). Mais, si ces exemples sont les plus fréquents dans les textes, ils ne doivent pas faire conclure que c'est ici le seul cas d'obligation indivisible de *dare*. Paul lui-même nous a laissé voir qu'il en existait d'autres (5), et l'on peut de façon générale attribuer ce caractère à toutes les

(1) C'est surtout au sujet des obligations de *dare* que ces affirmations de principe se sont fait jour. C'est ainsi que Cuq (*Inst. jurid.*, p. 374) les dit indivisibles si elles portent sur un genre déterminé ou un objet de nature indivisible (Cf. Girard, *Manuel*, p. 785, n. 3). Il ajoute que les obligations de faire ou de non-faire sont, en principe, indivisibles (Cf. Girard, *Manuel*, p. 785, n. 4). C'est croire à plus de rigidité et de construction qu'il n'y en a dans les textes. Accarias, au contraire, déclarait (*Droit romain*, t. II, p. 69 sq.) que les obligations de donner suivaient le caractère du droit réel à transférer et que pour celles de faire ou de non-faire tout dépendait du fait à exécuter.

(2) (3 *de leg. ad ed. praet.*), D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, 80, 1.

(3) L. XII *ad Sabinum* [*de verb. oblig.*] (Lenel, *Paling.*, n° 1841) (*supra*, p. 200, n. 1, §§ 1-2).

(4) Paul (23 *ad ed.*) (Lenel, *Paling.*, n° 387), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 9 : *An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc judicium, dubitatur : veluti si is qui viam iter actus stipulatus erat decesserit...* § 10. *Contra si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio nec dubium est quin duret...* M. Beseler (*Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 93) condamne la fin du texte *nec dividitur obligatio...* sans donner les raisons qui permettraient de se rallier à son opinion. Voir Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 481-482.

(5) (12 *ad Sab.*), D. 45, 1, *de verb. obl.*, 2, 1 et 4.

obligations de *dare* portant sur un objet indivisible par nature ou par convention des parties.

Pour les obligations de *facere* la liste que nous offrent les textes est plus longue et plus variée. Gaius, continuant l'énumération des legs constituant des obligations indivisibles, signale ceux qui imposent un travail à exécuter, l'érection de thermes, d'un théâtre ou d'un stade. En effet, pareil travail ne saurait être accompli à moitié ; si l'on peut concevoir une répartition de la tâche entre les divers obligés, seul l'achèvement de l'œuvre lui donnera sa forme propre et toute sa valeur (1). Aussi Marc-Aurèle et Verus astreignent-ils chaque héritier à exécuter seul le travail imposé par le testateur, lorsque ses cohéritiers refusent d'y collaborer. Cette prescription s'applique à tous les legs de choses « *quae divisionem non recipiunt* » (2). Les exemples de ces prestations d'*opus* indivisible sont multiples. Ulpien en cite plusieurs dans son texte d'ensemble sur les obligations indivisibles (3). Ailleurs, il indique les *operae libertorum*, que l'on ne peut promettre ou exiger pour partie. La division n'en sera possible que lorsque plusieurs *operae* ont été promises, dont on peut faire un partage numérique (4). Ou bien il signale le fait d'entasser de la terre sur le tombeau d'autrui (5). Paul mentionne

(1) D. 35, 2, *ad legem Falcidiam*, 80, 1 : *...Sed et si opus municipibus heres facere jussus est, individuum videtur legatum : neque enim ullum balineum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intellegitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit...*

(2) Ulpien (2 *fideic.*), D. 32, *de leg.*, 11, 23 : *Si in opere civitatis faciendo aliquid relictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri divus Marcus et Lucius Verus Proculae rescripserunt...* § 24. *Ergo et in statua et in servitute ceterisque, quae divisionem non recipiunt, idem divus Marcus rescripsit.*

(3) D. 45, 1, 72, *pr.* (*supra*, p. 202, n. 3).

(4) (38 *ad ed.*), D. 38, 1, *de op. libert.*, 15, 1 : *Neque promitti neque solvi nec deberi nec peti pro parte poterit opera. ideo Papinianus subicit : si non una, sed plures operae sint et plures heredes existant patrono qui operas stipulatus est, verum est obligationem operarum numero dividi...*

(5) (71 *ad ed.*), D. 43, 24, *quod vi aut clam*, 15, 2.

l'érection d'un tombeau (1) ou l'obligation de venir en justice défendre l'acheteur menacé d'éviction (2).

Enfin, et pour nous limiter à ces exemples, on pourrait encore citer l'obligation de restitution qui grève le dépositaire (3). Une preuve très nette de ce que l'indivisibilité est fonction de celle de l'objet déposé est donnée par Marcellus à propos de la responsabilité encourue par le dépositaire. Celle-ci se divise (il en est de même pour l'obligation de restitution, dont elle n'est qu'une conséquence) lorsque le dépôt porte sur un objet divisible, par exemple sur une somme d'argent. Au contraire, chaque co-dépositaire est tenu de réparer intégralement le préjudice dû à l'impossibilité de restituer la chose déposée, si celle-ci est indivisible (4).

Les mêmes principes se vérifient enfin en matière d'obligation de *non facere*. Paul avait affirmé l'indivisibilité de l'obligation de ne pas gêner l'exercice d'une servitude (5). Dans d'autres fragments (6) il reprend la même idée, et, s'il n'affirme pas toujours l'indivisibilité de pareille promesse, il

(1) (6 *ad Sab.*) D. 10, 2, *F. E.*, 44, 8.

(2) (12 *ad Sab.*) D. 45, 1, 4, 2; cf. Venuleius (6 *Stip.*), *h. t.*, 139 : ...*in solidum defendenda est venditio, cujus indivisa natura est.*

(3) Ulpien (30 *ad ed.*), D. 16, 3, *depositi vel contra*, 1, 36 : ...*Sed si res sunt, quae dividi non possunt, omnes debebit tradere satisdatione idonea a petitore ei praestanda in hoc, quod supra ejus partem est...*; cf. Gaius (9 *ad ed. prov.*), *h. t.*, 14, *pr.*, et Pomponius (6 *ad Q. Mucium*), D. 46, 3, *de solut. et libert.*, 81, 1.

(4) (5 ? *Dig.*), D. 16, 3, 22. *Contra*, Beseler, *Z. S. Zt.*, t. XLVI (1926), p. 95.

(5) D. 45, 1, 2, 5-6 (*supra*, p. 200, n. 1). L'affirmation de Paul, selon laquelle cette théorie avait déjà été soutenue par Julien et Pomponius (§ 5, *i. f.*), ne peut être retenue avec sécurité. La fin du § 5 est byzantine, et l'on ne peut savoir si Julien et Pomponius avaient déjà affirmé l'indivisibilité de cette stipulation. Mais, en l'absence de toute preuve positive, rien ne s'opposerait à faire remonter ce principe jusqu'à eux, et même peut-être au delà.

(6) D., *h. t.*, 85, 3; 10, 2, *F. E.*, 25, 12, qui concerne la promesse d'abstention et non pas celle de constituer une servitude (*illa stipulatione* se rapporte à ce qui va suivre et non aux §§ 9-10); *h. t.*, 44, 5, qui cite, à côté de l'obligation de respecter une servitude, celle de s'abstenir de tout dol, *a se heredeque suo.*

donne des solutions qui, nous le verrons bientôt, l'impliquent forcément et ne peuvent se justifier que par elle.

Ces exemples suffisent à illustrer la règle que nous rappelions au début de cette section, selon laquelle c'est la divisibilité ou l'indivisibilité de l'objet de l'obligation, qualité parfois délicate à apprécier, qui détermine celle de l'obligation elle-même.

CHAPITRE IV

L'ADMINISTRATION DU PATRIMOINE INDIVIS ET LES DROITS DES INDIVISAIRES

Les chapitres précédents nous ont fait connaître les diverses sortes d'indivisions, tantôt générales, englobant tout le patrimoine d'un *paterfamilias* défunt, tantôt plus restreintes, résultant de l'acquisition en commun d'une chose particulière. On y a vu la variété des droits qui pouvaient se trouver en indivision. Parfois celle-ci n'existera que pour quelques-uns ou un seul d'entre eux. Il en sera souvent ainsi lorsque la cause d'acquisition est un acte à titre particulier. Mais si l'indivision résulte d'une institution d'héritier, d'un legs ou d'une donation à titre universel, d'une dévolution successorale *ab intestat*, ce sera tout un patrimoine ou au moins une fraction de patrimoine, avec la multiplicité des droits et obligations qui le composent, qui y sera soumis. Quelle que soit la durée de ce régime, il faudra songer à son organisation. Même si l'indivision n'est qu'un état transitoire, des décisions ou des actes seront nécessaires. Il y aura des créances à recouvrer ou des dettes à payer. Il faudra assurer l'exploitation des fonds, déterminer qui en aura la jouissance ou selon quels principes elle sera répartie, reconnaître à chacun les droits de disposition juridique ou matérielle sur sa part, percevoir les fruits, utiliser les esclaves, faire les réparations, et parfois les constructions, nécessaires à l'entretien de la chose commune. Et si le régime indivis se prolonge, ce

seront tous les actes de la vie matérielle ou juridique qu'il faudra prévoir, afin d'assurer la vie même de l'indivision.

Parfois, on aura songé à organiser ce régime. Les actes permis à chacun et ceux qui demeurent interdits seront précisés. On aura désigné tel des indivisaires pour vaquer à l'administration du patrimoine, spécifiant les actes qu'il peut accomplir seuls et ceux pour lesquels il devra requérir l'assistance de ses co-indivisaires. La mesure de sa responsabilité sera précisée, ainsi que les recours éventuels auxquels donneront lieu ses actes de gestion.

Une réglementation aussi détaillée était cependant exceptionnelle. Dans l'état actuel de nos sources, aucun acte de la pratique n'en fournit d'exemple. Ce souci d'organisation est plus fréquent dans la société que dans l'indivision. Rares sont en effet les cas où celle-ci résulte de la volonté. Le plus souvent elle apparaît brutalement par le décès d'un chef de famille. D'autres fois, elle est une conséquence nécessaire, mais non désirée, d'un acte volontaire (mélange, voisinage ou achat). Ce n'est que par exception qu'un acte juridique, testament ou donation, peut, en même temps qu'il la crée, en prévoir l'organisation. Dans ces cas même, le plus souvent, seul un point spécial aura retenu l'attention. C'est ainsi que le disposant exige le consentement de tous, ou du moins de la majorité, à l'établissement d'un nouvel indivisaire sur la chose commune (1). Il interdit d'aliéner le bien indivis. Il prévoit que la part, abandonnée par un des légataires, accroîtra aux autres. Un curateur, élu par tous, est chargé de l'administration et perçoit les revenus au profit de tous (2). Tel autre, léguant un usufruit, stipule que les bénéficiaires en auront la jouissance chacun à tour de rôle pendant

(1) *Donatio Syntrophi* (IIe ou IIIe siècle : C. I. L., VI, 10.239; Bruns, n° 139; Girard, *Textes*, p. 831) : [*Et si quis*] *ibi inhabitare voluerit ex communi omnium consensu majorisve partis* [*eorum qui vivent, id ei liceat*].

(2) *Testamentum Dasumii* (108 ap. J.-C., C. I. L., VI, 10.229; Girard, *Textes*, p. 801-805, l. 88-102).

un an (1). Mais jamais une organisation complète n'est prévue, ni réglementée dans le détail.

Le plus souvent ces indications fragmentaires font elles-mêmes défaut. Elles ne peuvent être données pour les indivisions absolument imprévues. Et cependant, si l'on excepte le voisinage et l'indivision testamentaire, c'est, selon toute vraisemblance, l'indivision résultant de succession *ab intestat* qui fut la plus fréquente.

Rien n'autorise à penser que la loi ait pris soin de suppléer à l'absence d'organisation conventionnelle. La coutume et la jurisprudence allaient avoir le champ libre pour parer à cette carence de la volonté individuelle et de la volonté législative. Le *consortium* fournissait un modèle dont la coutume pouvait s'inspirer. L'indivision héréditaire de l'époque classique continua sans doute à suivre les règles traditionnelles dictées par les usages familiaux de l'époque antérieure. Mais ceux-ci s'étaient développés dans un milieu bien différent de celui de la fin de la République et du début de l'Empire. La société étroite de la famille agricole, avec sa fortune limitée essentiellement foncière, dont on pouvait mesurer l'importance d'un coup d'œil jeté autour de la maison, avec sa forte hiérarchie patriarcale resserrant la communauté de ceux qui avaient été soumis à une même puissance, avec la rareté des échanges, qui caractérise les groupements agricoles primitifs, a désormais fait place à un monde nouveau. Le patrimoine des familles romaines s'est étendu au cours des conquêtes militaires. Les propriétés ont gagné l'Italie, l'Espagne, la Gaule, l'Afrique, l'Asie et même la Germanie (2). Le développement du commerce, stimulé par la variété des produits, les exigences nouvelles d'une société plus raffinée, l'exemple

(1) Julien, D. 7, 1, *de usu fructu*, 34, *pr.* : *quotiens duobus usus fructus legatur ita, ut alternis annis utantur fruantur.* Cf. une illustration de cette solution dans un document de la pratique égyptienne, un peu postérieur, *P. Oxyr.*, n° 1278 (214), *infra*, p. 397.

(2) Voir par ex. un achat *in Germania trans Rhenum* (Paul, D. 21, 2, *de evict.*, 11, *pr.*).

des méthodes orientales, a fait apparaître à côté de l'ancienne fortune foncière, une fortune mobilière, plus propre aux échanges, et dont la nature même exige parfois de fréquentes mutations. Enfin, les liens familiaux ont perdu de leur ancienne fermeté. Les nécessités de la vie nouvelle exigent que les enfants aillent au loin conquérir de nouveaux territoires ou faire prospérer les comptoirs et les domaines que leurs pères possèdent hors d'Italie. La vie en commun est devenue rare, et lorsqu'une indivision se produira, il faudra, dans son organisation, tenir compte des exigences nouvelles d'un individualisme naissant.

Aussi la coutume n'aurait-elle pu suffire à donner le modèle sur lequel devait s'organiser l'indivision. C'était à la jurisprudence (et par là nous entendons le jurisconsulte donnant ses consultations aux particuliers, rédigeant ses commentaires ou conseillant le magistrat ou le juge lors d'un procès) d'élaborer un régime plus pratique que celui qu'offraient les vieilles règles familiales. Sans les condamner, mais en recueillant ce qu'elles pouvaient encore offrir d'utilisable, sans poser de règles de principe, mais en statuant pour des cas particuliers, la jurisprudence classique allait s'efforcer de se substituer à la loi défaillante, de compléter l'organisation fragmentaire dont la volonté individuelle avait pu fournir quelques éléments, de concilier les pratiques coutumières de la Rome primitive avec les formes nouvelles de la vie sociale.

Une construction séduisante, où l'évolution juridique du régime de l'indivision se réduit à quelques phases nettement caractérisées, propose de voir dans la société le modèle qui aurait ici guidé la jurisprudence classique (1). Les règles de gestion, la prépondérance reconnue à la majorité, le contrôle des tribunaux, la possibilité de faire des innovations utiles aux biens communs auraient été inspirées, dans une certaine mesure, par les règles de la société.

(1) Michon, *Autour des origines légales de l'agnation externe* (*Mélanges Cornil*, p. 116).

C'est là une idée que l'on ne saurait contester. Société et indivision sont deux institutions voisines. Il s'y pose des problèmes analogues, et les difficultés qui naissent à leur propos peuvent être résolues par des solutions identiques. Il est probable que l'indivision, parent pauvre et un peu négligé, bénéficia des règles que fournissaient en abondance les contrats de société. Mais la société, elle-même, n'est pas une institution dont les règles se sont fixées à une certaine époque d'une façon immuable. Elle aussi a dû suivre l'évolution du milieu juridique où elle s'appliquait. On ne saurait donc y voir — et tel n'est pas le sens de la théorie que nous venons de rappeler — un modèle immuable sur lequel l'indivision se serait façonnée. En réalité, les deux institutions se sont développées parallèlement et ont dû, selon des modalités un peu divergentes, répondre aux mêmes nécessités.

C'est cette organisation, où l'œuvre de la jurisprudence classique apparaît manifeste, que nous nous efforcerons de retrouver ici, en recherchant quels étaient les droits des indivisaires sur la chose commune et la façon dont ils ont pu les exercer (1).

En principe, tous les indivisaires ont des droits égaux; ils peuvent faire tout acte conforme à l'exercice de leur droit. Mais le fait même de leur pluralité apporte une limitation à la libre manifestation de leur activité. La pleine indépendance dans l'exercice du droit ne peut se réaliser en pratique, car elle heurterait les droits identiques des autres indivisaires (2). D'où la nécessité d'une réglementation en vue d'as-

(1) Nous envisagerons spécialement dans les pages qui suivent la copropriété, qui est le cas le plus fréquent et celui pour lequel les sources sont les plus explicites. Mais ce qui vaut pour la propriété, vaut, *mutatis mutandis*, pour les autres droits.

(2) Bonfante, *Il regime positivo e le construzioni theoriche nel condominio*, *B. Ist. D. R.*, XXV, 1912, p. 195-220; *Sc. giur.*, t. III, p. 454-484; Riccobono, *Dalla communio del diritto quiritario alla comproprietà moderna* (*Essays in Legal History*, ed. by Vinogradoff, 1913, p. 34-35); Scialoja, *Proprietà*, I, p. 432-433, 451-452 (§ 20); Cuq, *Inst. jur.*, p. 252; Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 145.

surer à chacun le maximum d'indépendance et de liberté. Les solutions auxquelles on pouvait songer sont au nombre de trois : ou bien exiger le concours de tous à l'acte, ou permettre à chacun d'arrêter l'activité de son voisin par une simple défense, exercice négatif de son droit, ou enfin laisser en suspens jusqu'à la réalisation du partage la validité des actes de chaque indivisaire (système de l'effet déclaratif du partage) (1).

On serait surpris que les jurisconsultes classiques aient donné la préférence exclusive à l'une de ces règles. Guidés par la nature variable des diverses situations à régler, ils ont choisi l'une ou l'autre, selon qu'elle semblait mieux concilier le libre exercice du droit de chacun avec le respect du droit des autres. Tantôt, en effet, l'acte peut être accompli partiellement, d'autres fois il engage la chose commune tout entière. C'est en tenant compte de ces considérations de fait que les jurisconsultes se sont prononcés en faveur de tel ou tel procédé.

Aussi a-t-on voulu présenter des classifications, qui selon la nature de l'acte à accomplir permettraient de déterminer l'étendue des pouvoirs reconnus par le droit classique aux indivisaires. Bonfante a cru pouvoir distinguer les actes de disposition juridique, exigeant le concours exprès de tous (constitution de servitude, aliénation, gage, etc.), et ceux de disposition matérielle, qui, s'ils sont des actes d'usage normal (tels que la culture des champs, la perception des fruits, l'ornementation d'un mur indivis), sont permis à chacun, sans opposition possible d'un copropriétaire, et qui, lorsqu'ils modifient la substance de la chose, exigent le concours de tous ou, du moins, permettent à chacun de les interdire (*jus prohibendi*) (2).

(1) Cf. sur ce rôle de l'effet déclaratif du partage, Josserand, *Essai sur la propriété collective, Livre du Centenaire du Code civil*, I, p. 376, et *infra*, p. 401 sq.

(2) *Il jus prohibendi nel condominio, Rendiconti dell' Istituto Lombardo*, t. XLVI (1913), p. 665-667; *Sc. giur.*, III, p. 382-433. V. également *L'azione autonoma del condomino, eod.*, p. 495-496 (à propos d'une décision de la

Ailleurs (1), il avait précisé que les actes de disposition juridique pouvaient être librement accomplis *pro parte*. Seuls, ceux qui disposent de la chose commune en son entier, ou qui en modifient l'intégrité, exigeaient le concours de tous. Mais le savant auteur italien n'avait pas été sans avouer que ces cadres rigides ne se conciliaient pas toujours exactement avec les enseignements de textes parfois discordants (2). Ceux-ci présentent souvent, à côté des traces de remaniements byzantins, des difficultés d'interprétation qui permettent d'étayer sur un même texte des théories divergentes. C'est ainsi que M. Riccobono (3) a repoussé la distinction proposée par Bonfante entre les actes matériels d'usage normal et ceux qui dépassent cette mesure, pour affirmer qu'en toute hypothèse le consentement de tous était requis.

Étant donnée l'incertitude qui règne, en cette matière, il paraît préférable de ne pas adopter comme cadre de recherches les classifications proposées par les romanistes italiens (4). C'est par l'examen des divers actes juridiques ou matériels accomplis *pro parte* ou *in solidum* que nous verrons quels furent les solutions de la doctrine classique.

Pour cela, nous étudierons successivement les deux modes d'action offerts aux indivisaires : le concours de tous à l'acte, l'activité individuelle. Mais à côté de ces deux modes principaux en apparaît un troisième, propre au droit romain, l'emploi du *servus communis* pour l'administration de la chose commune ou comme instrument d'acquisition au profit de ses maîtres. Et comme le *servus communis* peut être utilisé par tous les indivisaires ou par un seul, dans son intérêt

Cour de cassation de Turin) ; *I poteri della maggioranza e i diritti del singolo nel administrazione della cosa commune*, *eod.*, p. 486-487 (à propos d'une décision de la Cour de cassation de Naples) ; *Corso*, II, 2, p. 27-28.

(1) *Il regime positivo*, *B. Ist. D. R.*, t. XXV (1912), p. 204-207.

(2) *Il jus prohibendi*, *Rendic. Ist. Lomb.*, 1913, p. 667-671.

(3) *Communio*, p. 44-48.

(4) Leur valeur a été également contestée par M. Branca, *Riv. it. Scgiur.*, t. VII (1932), p. 247-251.

exclusif, l'étude de son activité trouvera tout naturellement place entre celle des deux modes signalés ci-dessus.

D'où trois sections dans ce chapitre :

SECTION I. — Le concours de tous à l'acte.
SECTION II. — L'utilisation de l'esclave commun.
SECTION III. — L'activité individuelle.

SECTION I

Le concours de tous à l'acte.

I. **L'unanimité.** — Le régime le plus simple et dont, pour cela même, il y a peu à dire, est celui où tous les indivisaires agissent d'un commun accord. Tous participent à l'acte et par là exercent pleinement leur droit. L'unanimité de leur volonté empêche qu'aucun d'entre eux soit lésé par l'activité des autres.

Que ce régime ait eu des applications pratiques, c'est ce que l'on ne saurait contester. L'union pouvait se rencontrer dans les indivisions familiales, qui prolongeaient l'antique tradition du *consortium*. Cette bonne entente, ne laissant pas place aux difficultés, a peu occupé les juristes, et rares sont les indices de son existence.

Au lieu d'exiger la manifestation de cet accord à l'occasion de chaque acte particulier, on a pu convenir d'une organisation de l'indivision, du moins en ce qui concerne tel ou tel droit. L'entente, manifestée lors de l'élaboration de cette convention, produira des effets durables, qui trouvent dans celle-ci leur force obligatoire.

Julien indique que l'on peut ainsi régler conventionnellement l'usage de servitudes d'aqueduc concurrentes au profit de deux fonds (1). Et le témoignage d'autres textes laisse à penser que cette convention opérait un partage de l'usage, en

(1) (41 *Dig.*), D. 43, 20, *de aqua cottidiana*, 4 (*supra*, p. 164, n. 3) : *si... non convenit, quemadmodum utantur.*

attribuant aux divers ayants droit une certaine quantité de l'eau fournie par l'aqueduc, ou un usage illimité, mais seulement pendant certaines heures ou certains jours (1). De même, peut-on convenir qu'à tour de rôle les bénéficiaires d'un usufruit indivis exerceront l'intégralité du droit pendant une année (2). Enfin, les copropriétaires d'un fonds indivis peuvent décider qu'ils exerceront alternativement les droits d'un locataire pendant ce même délai (3). Ce sont là des exemples d'organisation partielle de l'indivision qu'il y a lieu de rapprocher de ceux que nous avions signalés plus haut (4). Ils témoignent d'une entente entre les indivisaires, qui peut être considérée comme une manifestation du concours de tous à l'acte à accomplir.

D'autres textes fournissent l'exemple direct de cette collaboration étroite. Celle-ci apparaît tantôt nécessaire, tantôt accidentelle, selon que l'acte est de ceux que l'on peut accomplir sur une partie de la chose ou, qu'au contraire, il s'étend forcément à son intégralité.

Parmi ces derniers, celui qui est le plus fréquemment signalé par les sources et que, pour ce motif, nous choisissons comme exemple, est la constitution de servitude (5). Celle-ci

(1) Julien (*4 ex Minicio*), D. 43, 20, 5, *pr.* : *cum constet non solum temporibus, sed etiam mensuris posse aquam dividi...* § 1. *Inter duos, qui eodem rivo aquam certis horis separatim ducebant, convenit, ut permutatis inter se temporibus aqua uterentur...*; cf. D. 8, 6, 16.

(2) Ulpien (32 *ad ed.*), D. 10, 3, 23 : *Si convenerit inter te et socium tuum, ut alternis annis fructum perciperetis...*

(3) Africain (8 *Quaest.*), D. 19, 2, *Loc. cond.*, 35, 1 : *Cum fundum communem habuimus et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus.*

(4) *Supra*, p. 208-209.

(5) On pourrait citer d'autres cas. De nombreux textes signalent l'obligation pour tous les indivisaires de venir assister (*subsistere*) leur acheteur menacé d'éviction. Celse (27 *Dig.*), D. 21, 2, *de evict.*, 62, 1; Paul (75 *ad ed.*), D. 45, 1, *de verb. obl.*, 85, 5; Venuleius (6 *Stipul.*), D., *h. t.*, 139. Cf. Guarneri Citati, *Obbligazioni indivisibili, Annali... di Palermo*, t. IX (1921), p. 109-148, qui montre bien que la règle classique était l'obligation pour tous les covendeurs ou les héritiers du vendeur de venir prendre la défense de l'acheteur. Si un seul s'y refusait, l'acte des autres était sans efficacité,

est par nature indivisible. Elle grève nécessairement la totalité du fonds servant, et à l'inverse elle profite à l'intégralité du fonds dominant. Ainsi ne peut-on en concevoir la constitution seulement sur une partie du fonds (1). La servitude constituée par un seul des indivisaires serait invocable par, ou contre, tous ses copropriétaires. Tous seraient tenus de la respecter, et l'acte d'un seul aurait porté atteinte au droit des autres. Aussi, aucun des copropriétaires ne peut constituer seul une servitude active ou passive, ni *pro parte*, car la servitude, droit indivisible, ne peut porter sur une simple fraction du fonds, ni *in solidum*, car ce serait empiéter sur le droit des copropriétaires. Il est nécessaire que tous concou-

à raison de l'indivisibilité de l'obligation de garantie : *Una de evictione obligatio est omnibusque denuntiari et omnes defendere debent,* avait déjà dit Celse (27 *Dig.*), D. 21, 2, 62, 1 ; *Omnesque debent subsistere, et quolibet eorum defugiente ceteris subsistere nihil prodest, quia in solidum defendenda est venditio* (D. 45, 1, 139), répète Venuleius. C'est, ici encore, l'indivisibilité de l'acte qui oblige tous les indivisaires à concourir à son accomplissement (déjà, Cujas approuvant Accurse, *Comm. in Lib. LXXV Pauli ad Edictum, ad Leg. LXXXV* (t. V, col. 841 E et 842); Ernst Levy, *Konkurrenz,* II, 1, p. 239, n. 6. *Contra,* Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 90-91).

De même, si des travaux sont faits par un voisin, les indivisaires devront faire en commun l'*operis novi nuntiatio.* Ulpien, qui donne cette solution (52 *ad ed.*, D. 39, 1, *de op. nov. nunt.*, 5, 6), n'y voit pas la conséquence inéluctable de principes généraux en matière d'indivision. Il signale la question et y répond simplement par : *est verius.* Il est permis d'en conclure que son opinion n'était pas la seule et que d'autres, sans doute, avaient admis que la *nuntiatio* pouvait être faite par un seul. La justification de sa solution est d'ailleurs toute pratique et ne fait aucune allusion à la nécessité d'un *consensus omnium*, imposé par le régime de l'indivision; il fait remarquer que si tous les indivisaires font la *nuntiatio*, on évitera ainsi qu'elle n'ait été faite par quelqu'un qui n'avait pas le droit de la faire : *quia et fieri potest ut nuntiatorum alter habeat, alter non habeat jus prohibendi.* (Il en serait ainsi, par exemple, si l'un des *nuntiatores* se trouvait être, en même temps que copropriétaire du voisin que gêne l'*opus novum*, copropriétaire de l'auteur de l'*opus.* Il ne pourrait pas user contre lui de l'*operis novi nuntiatio.* D., *h. t.*, 3, 2). M. Ein (*Le Azioni dei condomini, B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 196-199) suspecte la justification attribuée à Ulpien. Il croit qu'il est toujours indispensable que l'*operis novi nuntiatio* soit faite par tous les copropriétaires.

(1) Paul (12 *ad Plaut.*), D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, 49, 1 : *per partem servitus adquiri non potest.*

rent à l'opération, et le principe en est affirmé par de très nombreux textes (1).

Mais cette exigence n'implique pas que tous doivent, en même temps, coopérer à l'établissement de la servitude au profit ou à l'encontre de leur fonds. Le principe contraire eut été une source de gêne et de difficulté dans le fonctionnement de l'indivision. Rien n'obligeait à en imposer le respect. Aussi certains jurisconsultes signalent la possibilité de créer une servitude, à l'encontre du fonds commun (2), par plusieurs actes individuels successifs (3).

(1) 1° Impossibilité de constituer seul une servitude au profit du fonds commun. Le texte le plus net est celui de Paul (6 *ad Sab.*), D. **8, 3,** ***de serv. praed. rust.,*** **19** : ***Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest : sed si omnes stipulentur sive communis servus, singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt, quia ita dari eis potest*** [***: ne, si stipulator viae plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat***]. Cf. (15 *ad Plaut.*), D. 8, 1, *de serv.*, 8, 1 : ***...per partes adquiri non poterat***; Marcellus (29 *Dig.*), D. 33, 3, *de servit. leg.*, 3 (cf. sur ce texte Scialoja, *Proprietà*, I, p. 482-485); Javolenus (2 *Epist.*), D. 8, 4, *comm. praed.*, 5 : ***Per unum socium communi solo servitus adquiri non potest*** (Scialoja, *op. cit.*, p. 476-478); Africain (6 *Quaest.*), D. 8, 3, 32 (*infra*, 2°); Ulpien (28 *ad Sab.*), D. 8, 4, 6, 1 et 3 (ce dernier texte est interpolé); (17 *ad ed.*), D. 8, 5, *si serv. vindic.*, 4, 3, *i. f.* (l'interpolation de la phrase finale ne porte pas sur notre règle, dont la formule est classique : Guarneri Citati, *op. cit.*, p. 60); Modestin (6 *Diff.*), D. 8, 1, 11, présente cette règle comme une banalité (*volgo traditur*).

2° Impossibilité pour un seul de grever le fonds commun d'une servitude : Ulpien (17 *ad ed.*), D. 8, 1, 2 : ***Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest***; (28 *ad Sab.*), D. 8, 4, 6, 1 : ***per partes servitus imponi non potest.*** La règle était déjà bien connue au temps d'Africain (6 *Quaest.*), D. 8, 3, 32 : *quod dici soleat per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse.* Celse en avait peut-être déjà conclu que l'acte était nul et que le défaut d'établissement de la servitude obligeait son auteur au cas d'éviction (27 *Dig.*), D. 21, 2, *de evict.*, 10. Mais le texte est suspect (Girard, *Mélanges*, t. II, p. 199, n. 1, et 200, n. 2). En ce sens, Accarias, *Droit romain*, II, p. 68, n. 1; Bonfante. *Il jus prohibendi..., Rendic. Ist. Lombardo,* t. XVI (1913), p. 665; *Scr. giur.*, III, p. 382-383; Riccobono, *Communio,* p. 49; Scialoja, *Proprietà,* t. I, p. 464-466, 470-486; Cuq, *Inst. jur.*, p. 252; Girard, *Manuel,* p. 386-387.

(2) Les textes classiques (cf. l'interpolation de D. 8, 4, 18, *infra*, p. 218) ne concernent que cette hypothèse, mais il devait également être possible d'user du même procédé pour constituer une servitude au profit du fonds commun.

(3) Celse (27 *Dig.*), D. **8, 3,** ***de serv. praed. rust.,*** **11** : ***Per fundum, qui***

Le procédé soulevait en pratique une sérieuse difficulté : à quel moment fallait-il considérer que la servitude était établie; était-ce lors du premier acte individuel ou seulement après l'accomplissement du dernier; au cas où cette seconde solution l'emporterait, quelle serait la situation dans la période, qui pouvait être fort longue, séparant les deux actes? C'est à ces questions que répondait Paul, dans un texte remanié par les Byzantins (1). Le texte primitif ne con-

plurium est, jus mihi esse eundi agendi potest separatim <in jure> cedi. [ergo suptili ratione] non aliter meum fiet jus, quam si omnes <in jure> cedant et novissima demum <in jure> cessione superiores omnes confirmabuntur [: benignius tamen dicetur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse].

Sur l'interpolation du texte, cf. Pernice, *Labeo*, II, 1, p. 83, n. 3; Ferrini, *B. Ist. D. R.*, t. XIV (1901), p. 214, n. 2; *Pandette*, p. 448, n. 4; Jörs, *in* Pauly-Wissowa, *Real Encyclop.*, v° *Digesta*, p. 533; Riccobono, *Communio*, p. 99; *Ann... di Palermo*, t. XI (1923), p. 340; Albertario, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIII (1923), p. 73; *Riv. dir. com.*, t. XXII, 2 (1924), p. 402; Bonfante, *Istit.*, p. 295, n. 1; Krüger, *Dig.*; Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 475, n. 1; Segré, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 98.

M. Beseler, *Z. S. St.*, t. XLV (1925), p. 460-461, croit que les deux textes qui se réfèrent à la constitution de servitude par actes successifs sont complètement byzantins et que la solution classique devait être le principe inverse. Nous ne contestons pas un certain remaniement du texte. Mais la brièveté des expressions de M. Beseler ne permet pas de discerner les motifs de son opinion. Rien n'empêche de croire que les classiques avaient déjà admis cet assouplissement des formes qui, au fond, ne contredit aucun principe. L'on s'expliquerait mal que, par deux fois, Celse et Paul aient pris soin d'affirmer l'inefficacité juridique du consentement fractionné : s'ils l'avaient fait, c'est qu'il existait en pratique, et si la pratique avait imaginé ce procédé, aucune raison de droit n'existait pour en interdire l'emploi (Cf. Ihering, *Droit romain*, t. IV, p. 150-151 ; Segré, *Comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 96-98). L'innovation byzantine, en matière de consentement fractionné, se trouve bien plutôt dans la grave dérogation apportée aux règles de nos deux textes par l'interpolation de D. 33, 5, *de optione*, 8, 2, *i. f.*, où l'indivision est admise, bien que le deuxième consentement intervienne alors que le premier n'est plus possible. Ce système a été repris par le Code civ. italien, art. 636.

(1) (1 *Manual.*), D. 8, 4, *comm. praed.*, 18 : *Receptum est, ut plures domini et non pariter cedentes servitutes imponant [vel adquirant], ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmentur perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent. et ideo si is qui primus cessit vel defunctus sit [vel alio genere vel alio modo partem suam alienaverit], post*

cernait que la constitution de servitude à la charge du fonds commun. Le développement général du raisonnement est en effet malencontreusement coupé par la phrase relative à l'hypothèse de la servitude active. Et une expression grammaticalement fausse, ou pour le moins contractée au point d'en être incorrecte (*non potest uni vel unus cedere*), confirme l'impression d'une retouche byzantine (1).

En outre, les exemples donnés des événements, qui peuvent se produire entre les divers actes de constitution, ont eux aussi été modifiés (2).

Enfin, il est probable que le texte primitif envisageait comme mode constitutif de servitude l'*in jure cessio* et qu'ici, comme en tant d'autres textes (3), les termes de *cessio*, *cedere* correspondent à l'expression classique plus développée *in jure cessio*, *in jure cedere*. Ce procédé, qui avait été le

deinde socius cesserit, nihil agetur : cum enim postremus cedat, non retro adquiri servitus videtur, sed perinde habetur, atque si, cum postremus cedat, omnes cessissent : igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat. [*idem juris est et si uni ex dominis cedatur, deinde in persona socii aliquid horum acciderit.*] *ergo et ex diverso si ei, qui non cessit, aliquid tale eorum contigerit, ex integro omnes cedere debebunt : tantum enim tempus eis remissum est, quo dare facere possunt, vel diversis temporibus possint, et ideo non potest* [*uni vel*] *unus cedere. idemque dicendum est et si alter cedat, alter leget servitutes. nam si omnes socii legent servitutes et pariter eorum adeatur hereditas, potest dici utile esse legatum : si diversis temporibus, inutiliter dies legati cedit : nec enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est.* La même solution est donnée par Ulpien (28 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 6, 2, au cas de transfert de propriété par actes successifs.

(1) Gradenwitz, *Z. S. St.*, t. XXIII, p. 340; Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 472-475; Krüger, *Dig.*

(2) Nous ne faisons que renvoyer sur ce point à la démonstration de l'interpolation et à l'exposé des diverses restitutions proposées, faits par Scialoja, *op. cit.*, p. 472 473.

(3) D. 8, 1, 9 (Lenel, *Paling.*; Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVII (1927), p. 363); 8, 2, 21 (Kipp, *in* Pauly-Wissowa, *Real Encycl.*, v° *In jure cessio*, p. 2004); 8, 3, 10 (*eod.*); 11 (Pernice, *Labeo*, t. II, 1, p. 83, n. 3; Kipp, *loc. cit.*; Rabel, *Z. S. St.*, t. XXVII (1906), p. 314, n. 1); 20 (Krüger, *Dig.*); 33, § 1 (Lenel, *op. cit.*); 8, 4, 15 (*eod.*); 21, 2, 10 (Jörs, *in* Pauly-Wissowa, *Real Encycl.*, v° *Digesta*, p. 533); 32, 37, 3 (*eod.*).

plus commun, subsistait encore au temps de Paul (1). La *cessio*, dont il est ici question, devait être l'*in jure cessio*, bien plutôt que le mode nouveau des pactes et stipulations, dont l'emploi dans le droit romain non provincial à cette époque est très problématique (2).

Du texte de Paul ainsi rétabli dans sa pureté première il résulte que c'est seulement le dernier acte individuel qui opère la constitution de la servitude. C'est au moment de cet acte qu'il faut se placer pour apprécier la validité des précédents. Ce principe a pour conséquence logique que si, postérieurement à l'acte d'un indivisaire, mais antérieurement à celui du dernier d'entre eux, survient un événement tel que l'indivisaire, qui a accompli son acte, serait désormais dans l'impossibilité de le faire, la servitude ne pourra pas être constituée. Il en sera ainsi, par exemple, si le constituant est mort ou a disposé de sa part. La même solution s'appliquerait si c'était un des indivisaires, qui n'a pas encore constitué la servitude, qui se trouvait empêché de le faire. Il faudrait reprendre, depuis le début, la série des actes individuels, car ceux accomplis jusque-là seraient devenus inutiles.

Cette constitution de servitude par actes successifs n'apparaît donc que comme une simplification pratique : elle n'est pas l'expression d'une théorie juridique savante, en vertu de laquelle on pourrait opérer la constitution de servitude par une série d'actes indépendants, et dont la validité ne serait pas subordonnée à la possibilité de les accomplir tous en même temps. Les actes successifs ne sont, si l'on pouvait ainsi s'exprimer, que des fractions de l'acte collectif, dont le regroupement, au moment de l'acte final, est indispensable à la formation d'un tout homogène. C'est une simple faculté

(1) Girard, *Manuel*, p. 316, n. 3, en signale la dernière mention dans une constitution de 293 (*Consultatio*, 6, 10).

(2) Girard, *op. cit.*, p. 400, n. 3, *i. f.*; Cuq, *Inst. jur.*, p. 344, n. 5. Or, il est vraisemblable que les *Manualia* de Paul, dont est tiré notre texte, ne traitaient pas du droit provincial.

accordée aux indivisaires de morceler dans le temps la manifestation de leur accord. Et cet assouplissement des formes, qui avait pu être inutile à l'époque antérieure, où les copropriétaires étaient le plus souvent réunis sur le sol ancestral, présente d'incontestables avantages depuis que l'extension du sol romain a rendu nécessaire certains délais pour rassembler les consentements de personnes souvent fort éloignées.

La suite du texte envisage le cas où les deux actes successifs sont de nature différente : d'abord une *cessio*, sans doute un simulacre d'action confessoire intentée contre un copropriétaire; puis un legs. Dans ce cas la solution doit être identique (*Idemque dicendum est*). L'opération ne sera efficace que si les divers actes étaient encore susceptibles d'être accomplis lors de la réalisation du dernier d'entre eux (1).

La dernière phrase traite d'une nouvelle hypothèse, la constitution de servitude par legs. Sa solution est un peu différente. L'adition d'hérédité doit être faite en même temps pour tous les testaments léguant l'usufruit. Elle seule donne au legs son efficacité, et le texte exige que l'on soit fixé sur celle-ci à l'égard de tous les legs en même temps. On saura alors si la servitude est véritablement constituée, tous les legs recevant exécution. Or, si l'on peut laisser en suspens la validité des actes de personnes vivantes, il ne saurait en être de même à l'égard de ceux de défunts.

Cette raison apparaît quelque peu illogique et arbitraire (2). Son fondement est tout différent de celui qui, dans le début du texte, conduit à exiger que l'acte puisse encore être fait par tous les copropriétaires lorsque le dernier d'entre eux accomplit le sien. Il n'est plus question, ici, d'un acte collectif, dont on autorise l'accomplissement fractionné. L'acte

(1) En ce sens, Cujas, *Comm. in Tit. IV, Lib. VIII Dig., ad l. XX* (t. VII, p. 440).

(2) Scialoja (*Proprietà*, t. I, p. 474) la justifie en disant que la volonté du *de cujus* ne peut rester en suspens après sa dernière manifestation dans le testament. Elle le reste cependant, au moins jusqu'à l'adition d'hérédité.

collectif est la constitution de la servitude par legs, non l'acceptation des testaments. Sans doute, le refus de la succession par un des héritiers rend le legs inefficace, et par là empêche l'établissement de la servitude. Mais il n'en reste pas moins que l'acte constitutif de celle-ci est le legs et non l'adition d'hérédité. Il aurait donc suffi d'exiger que le dernier testament ait été rédigé lorsque cette rédaction était encore possible pour les autres.

Enfin, le principe invoqué à l'appui de cette solution : *Nec enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est,* est insuffisant et inexact : on ne voit pas pourquoi la validité d'une disposition testamentaire ne pourrait être en suspens pendant un certain délai ; et pareille affirmation est inexacte, car la validité du legs reste incertaine au moins jusqu'à l'acceptation de la succession, et parfois même au delà, si le legs est sous condition. Aussi n'est-ce pas sans étonnement que l'on verrait Paul invoquer une si médiocre raison, et l'on peut se demander si l'on ne se trouve pas en présence d'une généralisation byzantine, étendant à des hypothèses connexes une solution classique (1).

La constitution de servitude par actes successifs posait un dernier problème. A supposer, comme l'affirme Paul, que la servitude ne soit valablement constituée qu'au moment du dernier acte individuel, le bénéficiaire pouvait-il déjà pendant la période de constitution en profiter? Dans la rigueur du principe, la solution négative s'imposerait et la rédaction du texte de Paul inciterait à l'affirmer (2).

Mais le texte de Celse, que nous avons cité plus haut (3), laisse apparaître une solution plus équitable. Il déclare, dans sa teneur actuelle, qu'il vaut mieux (*benignius*) décider que les indivisaires ne pourront s'opposer à l'exercice de la servitude à partir du moment où ils y auront consenti. L'inter-

(1) C'est là, on le sait, une des causes les plus fréquentes d'interpolation.

(2) Cf. *supra,* p. 218, n. 1 : *Non retro adquiri servitus videtur, sed perinde habetur, atque si, cum postremus cedat, omnes cessissent.*

(3) *Supra,* p. 217, n. 3.

polation de ce passage n'est plus à démontrer (1). Mais on a pu soutenir (2) que la solution classique, en des termes différents, admettait déjà cette règle. Il eut été illogique de laisser les indivisaires, qui avaient consenti à la constitution de la servitude, en interdire l'emploi en intentant au futur bénéficiaire l'action négatoire. Sans doute, le droit civil ne fournissait aucun moyen de s'y opposer. Mais le préteur a pu paralyser l'action négatoire en octroyant au défendeur une exception de dol, afin d'empêcher les copropriétaires de revenir sur leur volonté antérieure de constituer la servitude (3). Les Compilateurs auraient fait disparaître la mention de l'intervention prétorienne, devenue sans objet à leur époque, mais auraient conservé la solution, en la présentant comme une règle dictée par l'équité.

L'exigence du concours de tous les copropriétaires à la constitution de la servitude, soit sous sa forme normale de l'acte collectif unique, soit sous sa forme assouplie d'actes individuels successifs, devait avoir son corollaire en ce qui concerne l'extinction de la servitude. L'indivisibilité de celle-ci s'opposait à la possibilité d'acte accompli *pro parte*, et les conséquences de l'extinction se produisant à l'égard de tous, il était normal d'exiger que tous y participassent (4). Encore qu'aucun texte ne traite de cette question (5), il semble possible d'admettre l'existence de pareille règle. Un argument en sa faveur est fourni par ce principe général des règles de formes romaines, selon lequel la modification d'une situation se faisait en des formes contraires, mais symétriques de son établissement. La servitude, créée par *in jure cessio*, s'étei-

(1) Cf. les auteurs cités p. 217, n. 3.

(2) Eisele, *Weitere Studien*, Z. S. St., t. XXX (1909), p. 136.

(3) Eisele (*loc. cit.*) propose la restitution suivante : *praetor tamen et antequam novissimus cesserit, eos qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure prohibet.*

(4) Scialoja, *Proprietà*, I, p. 466, 486.

(5) On ne peut que tirer un argument *a contrario* de ceux qui signalent que la servitude subsiste malgré le non-usage d'un de ses bénéficiaires (*infra*, p. 247).

gnait par *in jure cessio*, et dans un cas comme dans l'autre la collaboration de tous devait être requise.

La constitution ou l'extinction des servitudes exigeait la collaboration effective de tous les copropriétaires. Nous allons maintenant rencontrer d'autres actes où cette collaboration est possible, sans être nécessaire, car l'acte est divisible et peut valablement être accompli par un seul pour sa part.

Le principal exemple est fourni par la vente. Nous verrons que chaque indivisaire peut librement disposer de sa part (1). Mais si l'on veut opérer une aliénation totale, tous doivent donner leur consentement à l'acte. C'est là une simple conséquence du principe que l'on ne peut aliéner sans le consentement du propriétaire (2). Chaque indivisaire étant propriétaire pour partie de la chose commune, l'aliénation totale ne sera possible que du consentement de tous (3). Mais celui-ci n'a pas besoin de se manifester dans un acte où tous les indivisaires déclarent positivement consentir à l'aliénation. Le simple fait d'assister à la conclusion du contrat, sans s'y opposer, est tenu pour un assentiment tacite qui, au cas d'éviction, suffira à engager la responsabilité (4).

Inversement, si la vente n'est faite que par l'un des copropriétaires, les autres pourront revendiquer leur part. Aussi des triptyques de Transylvanie, du IIe siècle de notre ère, montrent l'acquéreur se garantissant contre l'éviction éventuelle, qui résulterait de la vente faite par un seul des copro-

(1) *Infra*, p. 242.

(2) Pomponius (5 *ad Sab.*), D. 50, 17, *de div. reg.*, 11.

Le même principe est appliqué en matière de société : Gaius (10 *ad ed. prov.*), D. 17, 2, *pro socio*, 68, *pr.* (Cf. Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 227). V. un exemple de vente opérée par les cohéritiers indivis dans l'Égypte romaine : *P. Hamb.*, I, 16 (Meyer, *Jurist. Papyri*, n. 65 [an. 209]).

(3) La vente d'un bien indivis opérée par un seul des copropriétaires n'est *secundum omnium sententias*, valable que pour sa part. Papinien (7 *Quaest.*), D. 21, 2, *de evict.*, 64, 4. Cf. pour la donation, *F. V.*, 282 (Dioclétien et Maximien, 286).

(4) Scaevola (2 *Resp.*), D. 21, 2, *de evict.*, 12 : *...Si coheredes praesentes adfuerunt nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse.*

priétaires d'un esclave (1). Et un siècle plus tard, une constitution de Gordien (238-244) reconnaît aux copropriétaires du vendeur le droit de revendiquer leur part, jusqu'à l'écoulement du délai d'usucapion (2).

Une autre constitution du même empereur signale cependant une exception à cette règle. Si le fisc se trouve au nombre des copropriétaires, il peut librement vendre pour le tout le fonds commun (3). C'est là un privilège qui lui est sans doute accordé pour faciliter l'aliénation de ses terres. Il est déjà signalé dans une constitution d'Alexandre Sévère de l'année 225, qui, par une délicate sollicitude pour le particulier copropriétaire, spécifie que le fisc devra lui rendre la fraction du prix de vente correspondant à sa part de copropriété (4)! Peut-être est-ce cette constitution qui a établi le privilège du fisc en cette matière. C'est le premier texte qui nous le signale, et sa rédaction même semble indiquer une prescription nouvelle (5). Il faut, en tout cas, rapprocher cette disposition d'un ensemble de privilèges accordés

(1) C. I. L., III, p. 937, n° 6; Bruns, n° 131; Girard, *Textes*, p. 850, n° 3 (139 ap. J.-C.); C. I. L., III, p. 940, n° 7; Bruns, n° 130; Girard, *eod.*, p. 849, n. 2 (142) : *...et si quis eum puerum q(uo) d(e) a(gitur) partemve quam quis ex eo evicerit...*; C. I. L., III, p. 959, n° 25; Bruns, n° 132; Girard, *eod.*, n. 4 (160).

(2) C. J., 4, 52, *de comm. rer. alienat.*, 1. Cf. la const. 2, *infra*, n. 3.

(3) *h. t.*, 2 : *Multum interest, utrum coheredes tui possessionem communem distraxerunt, an vero fiscus, cum partis dominus esset, soliditatem juxta proprium privilegium vendidit. etenim si a fisco facta est venditio, fidem ejus infringi minime rationis est. Si vero coheredes soliditatem vendiderunt, licet emptor ab his delegatus partem pretii fisco solverit alteramque in cautionem deduxit, tamen portioni tuae ea venditio non potest obsistere.*

(4) C. J., 10, 4, *de vend. rer. fisc.*, 1, *pr.* : *Forma est, quotiens ad fiscum vel minima portio rei pertineat, ut universa a procuratoribus meis distrahantur, sed pretium partis tantum in fiscum redigatur, reliquum dominis partium restituatur.*

(5) *Forma est...* : « la règle est que... »; de même la disposition relative à la répartition du prix de vente prouve le souci d'organiser les modalités d'application de la nouvelle règle.

au fisc en matière de vente (1), qui commencent à se développer à cette époque.

En présence de l'exigence, toute naturelle, du consentement unanime, on peut se demander pourquoi Paul n'accorde qu'un recours en indemnité par l'action *familiae erciscundae* ou par la pétition d'hérédité à ceux qui n'ont pas concouru à la vente (2). Il semble par là admettre la validité de la vente, puisqu'il ne fait aucune allusion à une action en revendication contre l'acquéreur (3). La même remarque s'impose, à l'égard d'une constitution de Dioclétien et Maximien, n'accordant que des recours contre le copropriétaire, qui a vendu seul le bien commun, sans signaler la possibilité d'une revendication (4). Ces textes concernent des ventes où l'acquéreur est devenu propriétaire, malgré qu'elles n'aient été accomplies que par un seul des copropriétaires. Car si l'acquéreur pouvait être utilement actionné en revendication, on ne concevrait pas la nécessité d'un recours contre le copropriétaire vendeur. Mais la validité de ces ventes s'explique, sans qu'il y ait aucune dérogation à l'exi-

(1) La vente faite par le fisc ne peut être rescindée : Alexandre Sévère, C. J., 10, 5, *ne fiscus rem quam vendidit evincat*, 1 (228); cf. Valentinien, Valens et Gratien (369), C. J., 10, 3, *de fide et jure...*, 5 (F. V., 37; C. Th., 10, 17, 1); plus tard, on admettra que l'acquéreur du fisc ne peut être évincé : Zénon (474-491), C. J., 7, 37, *de quadri. praesc.*, 2; Justinien (531), *h. t.*, 3.

(2) (6 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 44, 2 : *Si coheredes absente uno coherede rem vendiderunt et in ea re dolo malo fecerunt, quo plus ad eos perveniret, vel familiae erciscundae judicio praestabunt ei qui afuit vel hereditatis petitione.*

(3) Le texte est d'ailleurs suspect, Arangio-Ruiz, *Appunti, Riv. ital. Sc. giur.*, t. LII (1913), p. 232; Riccobono, *Communio*, p. 112 et *Ann... di Palermo*, t. III-IV (1917), p. 268. L'emploi de *praestare* sans complément direct et la contradiction entre ce texte et d'autres fragments (D. 21, 2, 64, 4, *supra*, p. 224, n. 3; 10, 2, 54) sont les principaux signes de l'interpolation. Voir également *infra*, p. 229, n. 2; *contra*, Berger, *Teilungsklagen*, p. 191.

(4) C. J., 3, 36, *F. E.*, 20 : *In familiae erciscundae judicio ab uno pro solido rei veluti communis venumdatae pretium non venit, sed mandati, si praecessit, coheres venditoris agere potest, vel negotiorum gestorum, si ratam fecerit venditionem. nam si velut propriam unus distraxit ac pretium possideat, hereditas ab eo petenda est.*

gence du *consensus omnium* : elle résulte soit d'un mandat donné à l'un des copropriétaires par les autres, soit de la ratification d'une gestion d'affaires, qui équivaut à un mandat, soit enfin de ce que, par l'écoulement du délai d'usucapion, l'acquéreur est devenu propriétaire (1). Ce ne sont donc que d'apparentes exceptions (sauf le cas de l'indivision avec le fisc) à la nécessité de l'accord de tous pour la validité de la vente de la chose commune.

Non seulement la conclusion de la vente exigeait l'assentiment de tous, mais certaines difficultés, postérieures à la conclusion du contrat, ne pouvaient être réglées que par cette collaboration. Il en était ainsi, d'après le témoignage de Pomponius, rapporté par Ulpien, lorsque les acheteurs, découvrant un vice dans l'esclave acheté, voulaient intenter l'action *quanti minoris* ou l'action *redhibitoria* (2). Il fallait, en effet, éviter que la divergence d'opinions des acquéreurs sur l'opportunité d'agir ou sur le choix de l'action (action en résolution ou en réduction du prix) préjudiciât au vendeur. C'est ce qui serait arrivé si l'on avait laissé chacun d'eux agir à son gré, l'un renonçant à sa part dans l'esclave, mais voulant récupérer le prix, l'autre voulant garder l'esclave et demandant seulement une réduction du prix. L'accord des

(1) Le texte de Paul s'explique peut-être par le refus de faire supporter à l'acheteur les conséquences de la fraude des vendeurs, qui se sont faits passer pour seuls propriétaires.

(2) D. 21, 1, *de aedil. ed.*, 31, 5 : *Si plures heredes sint emptoris, an omnes ad redhibendum consentire debeant, videamus. et ait Pomponius omnes consentire debere ad redhibendum dareque unum procuratorem, ne forte venditor injuriam patiatur, dum ab alio partem recipit hominis, alii in partem pretii condemnatur, quanti minoris is homo sit.* Cf. § 7. M. Beseler (*Tijdschrift*, t. VIII (1928), p. 303) soutient l'interpolation de ces deux textes. Selon lui, ils n'auraient pas exigés dans leur rédaction primitive le concours de tous les indivisaires. *Contra*, Cuq, *Inst. jur.*, p. 471.

Le texte est extrait du Livre I d'Ulpien *ad ed. aed. cur.*, qui commentait l'édit de *mancipiis vendundis* (Lenel, *Edictum*, p. 554, n. 1). Cet édit ne concernait primitivement que les ventes d'esclaves, il fut étendu aux autres ventes à une date discutée : Cuq, *op. cit.*, p. 470, n. 1 ; Girard, *Manuel*, p. 602, n. 2 ; De Senarclens, *L'extension de l'édit des édiles...*, *R. H. D.*, 1927, p. 385-417.

indivisaires apparaît, ici, non seulement comme un mode d'action possible, mais comme une nécessité (1).

D'autres actes de disposition portant sur l'intégralité du bien indivis requièrent le concours de tous les copropriétaires. Cela résulte, par exemple, de la présence des *socii* à la donation faite par Julia Monime d'un terrain, dont elle n'est que copropriétaire (2). De même, lorsqu'une constitution de Dioclétien et Maximien, de 294 (3), décide que le gage établi sur le fonds commun par quelques-uns des cohéritiers ne grève que leur part, cela implique la nécessité du *consensus omnium* pour le constituer sur le bien tout entier (4). On pourrait multiplier semblables exemples. Chaque fois, en effet, que l'acte engage l'ensemble du bien indivis, spécialement s'il en opère l'aliénation, la collaboration de tous apparaît comme le procédé le plus logique et le plus normal, sinon comme le plus simple et le seul possible.

II. La majorité (5). — Il est un autre mode d'action collectif, qui ne requiert pas l'unanimité des consentements : la

(1) Il semble donc difficile de repousser jusqu'à Justinien, comme le fait M. Beseler (*loc. cit.*, *supra*, p. 227, n. 2), l'admission de cette règle de bon sens.

Le caractère tout pragmatique de cette solution apparaît lorsqu'on la compare avec celle admise au cas de pluralité de vendeurs. Comme leur obligation n'est qu'une obligation pécuniaire, donc divisible, la poursuite est possible contre chacun d'eux *pro parte*. On reconnaît même ici la possibilité d'actions *quanti minoris* contre l'un et *redhibitoria* contre l'autre. Ulpien (1 *ad ed. aed. cur.*), D. 21, 1, *de aedil. edict.*, 31, 10 (certains passages du texte ont été soupçonnés par M. Kerr Wylie, *Solidarity*, p. 305).

(2) C. I. L., VI, 10.231; Bruns, n° 138; Girard, *Textes*, p. 830 : *...mancipio acceperunt... de Julia Monime et socis ejus.*

(3) C. J., 3, 38, *comm. utr. jud.*, 7 : *...partibus, quae ante divisionem sociorum fuerunt, in quibus obligatio tantum constitit.*

(4) En ce sens, Bonfante, *Il jus prohibendi...*, *Rendic. Ist. Lombardo*, s. XLVI (1913), p. 665; *Scrit. giur.*, t. III, p. 383.

(5) Bonfante, *I poteri della maggioranza e i diritti del singolo nell' administrazione della cosa commune*, *Scrit. giur.*, t. III, p. 485-493 (à propos d'une décision de la Cour de cassation de Naples, traite surtout du droit italien moderne).

décision à la majorité. L'extrême rareté des textes classiques le concernant fait présumer qu'il était à peu près ignoré à cette époque.

On ne saurait invoquer en sa faveur le texte, suspect, où Paul déclare que la vente de la chose commune par quelques-uns des indivisaires, en l'absence des autres, ne permet qu'un recours en indemnité à ceux qui n'y ont pas participé (1).

Quand bien même on admettrait la pureté du texte, les vendeurs s'y présentant frauduleusement comme seuls propriétaires, la validité de la vente ne pourrait s'expliquer par le fait qu'ils formaient la majorité (2).

On ne saurait davantage invoquer un passage de Gaius (3) où le rôle de la majorité est signalé très incidemment à propos de la désignation du dépositaire des *cautiones hereditariae*. Ce texte est également suspect (4). C'est, en effet, l'un des seuls (5) à nous signaler le rôle du *suffragium*. Et même si l'on en soutenait la pureté, il est trop spécial pour que l'on puisse tirer, de son seul témoignage, une preuve décisive en faveur du rôle de la majorité dans l'indivision classique.

Un passage de la *donatio Syntrophi*, rapporté plus haut (6), remet à la décision de tous ou de la majorité d'entre eux l'admission d'un nouvel indivisaire sur la chose commune.

(1) (6 *ad Sab.*) D. 10, 2, *F. E.*, 44, 2 (*supra*, p. 226).

(2) (*Supra*, p. 226-227). *Contra*, Riccobono, *Communio* (*supra*, p. 226, n. 3), qui l'invoque pour le droit byzantin, mais qui, plus tard, en restreignant l'interpolation du texte (*Ann... di Palermo*, t. III-IV (1917), p. 268 [*vel familiae erciscundae*] ...[*vel*]...) et en conservant la partie relative à la pétition d'hérédité (à raison de la const. de Dioclétien et Maximien, C. J., 3, 36, *F. E.*, 20, qui paraît cependant moins pertinente que ne le croit l'auteur italien, car elle est relative à une vente opérée par un seul et non par la majorité), semble contredire son interprétation première et reconnaître que le texte, avec le sens qu'il lui attribue, prouverait dès l'époque classique la validité des actes accomplis par la majorité.

(3) Gaius (7 *ad ed. prov.*), D. 10, 2, *F. E.*, 5.

(4) Riccobono, *Communio*, p. 112; Krüger, *Dig.*

(5) En dehors des textes que nous verrons plus loin, relatifs à l'organisation *conventionnelle* de l'indivision.

(6) *Supra*, p. 208, n. 1.

Ce texte, qu'il faut dater du IIe ou du IIIe siècle (1), prouve qu'à la fin de l'époque classique, au plus tard, une clause conventionnelle pouvait donner compétence à la majorité. Il ne fait que constater, sur un point spécial, la liberté reconnue aux copropriétaires d'organiser l'indivision à leur gré. Mais, et ceci est important à noter, il n'établit pas la compétence normale et légale de la majorité (2).

Ainsi aucun texte ne permet d'affirmer, avec sécurité, que dès l'époque classique le consentement de la majorité ait été suffisant. Sans doute il était possible, et la *donatio Syntrophi* prouve son existence. Mais, à défaut d'organisation conventionnelle, il était inconnu. La jurisprudence, à qui incombait le soin d'organiser l'indivision, dans le silence de la loi et de la convention particulière, ne l'avait pas admis. C'est là, nous le verrons, une différence importante avec le régime de l'indivision byzantine, sur laquelle il était, ici, opportun d'insister (3).

III. Le mandat ou la gestion d'affaires. — Il reste à examiner une dernière forme de collaboration : celle du mandat ou de la gestion d'affaires. Bien que l'acte émane d'un seul, il y a, à sa base, un assentiment de tous, qui se manifeste soit avant, dans l'octroi du mandat, soit après, dans la ratification de l'acte. Son auteur agit au nom de tous; aussi doit-on voir là une forme nouvelle de collaboration.

Des divers modes d'organisation de l'indivision, celui-ci apparaît comme le meilleur. Plus simple que la collaboration effective de tous, il assure cependant le respect des droits de chacun. Sa forme la plus parfaite est celle du mandat, qui évite les incertitudes inhérentes à la gestion d'affaires. Il semble concilier deux principes contradictoires : la nécessité

(1) Girard, *Textes*, p. 839.

(2) Il faut en dire autant de la mention (due à la restitution de Mommsen) de l'élection *suffragio* des curateurs chargés de l'administration des biens communs dans le *Testamentum Dasumii*, l. 101 (*supra*, p. 208, n. 2).

(3) En ce sens, Riccobono, *Communio*, p. 103-112.

de respecter les droits de chacun et celle de confier à un seul la gestion des affaires communes. Envers les tiers il a l'avantage d'offrir un représentant désigné du groupe indivis, avec lequel ils pourront traiter plus commodément (1). Cette désignation d'un *socius* existait dans la société (2). Ulpien en indique une application au cas de pluralité de créanciers successoraux (3). Il eut été surprenant que l'on n'ait pas songé à l'utiliser au cas d'indivision.

Et de fait, le *Testamentum Dasumii* (4) signale la présence de curateurs pour administrer les biens communs (5). Mais, à la différence de ce que nous avons constaté à propos de la majorité, les jurisconsultes classiques et des constitutions impériales reconnaissent le mandat ou la gestion d'affaires comme mode de gestion des biens communs, sans faire allusion à leur création par une clause conventionnelle (6). C'est donc que, dès l'époque classique, cette forme de collaboration était reconnue de droit commun (7).

(1) Voir cependant les réserves, un peu exagérées, de Ihering, *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 214-216.

(2) Cicéron cite le cas d'un associé chargé d'exercer l'action de la loi Aquilia, à la suite du meurtre d'un esclave commun (*Pro Q. Roscio comoedo*, 11, 32). Paul (32 *ad ed.*), D. 17, 2, *pro socio*, 67, *pr.*

(3) (60 *ad ed.*), D. 40, 5, *de fideic. lib.*, 4, 9, au cas d'*addictio bonorum libertorum servandorum causa.*

(4) *Supra*, p. 208, n. 2.

(5) On ne peut tirer beaucoup de renseignements sûrs de cette inscription mutilée, dont une restitution a été proposée par Mommsen, C. I. L., VI, 2, 10.229. Nous reproduisons simplement cette restitution, l. 100-103 : ...[*Curatores praedii ejus*] *Achillen, Heliopaeden, Cym*[*aeum* (?) *constituo, omnium autem, quibus in id... jus est, suffragio cur*]*atorem substitui curatori* [*qui decesserit jubeo, et ab eorum uno, quem ipsi curatores elegerint*], *alimenta omnia computar*[*i et reditus distribui volo. Sic enim effectum iri exist*]*imo, ut ab uno omnia percip*[*iant omnes...*].

(6) Dioclétien et Maximien, C. J., 2, 18, *de negot. gest.*, 19; 3, 36, *F. E.*, 20 (294) (*supra*, p. 226, n. 4) ; Ulpien (1 *ad ed. aed. cur.*), D. 21, 1, *de aed. edict.*, 31, 9 : *omnes heredes unum procuratorem ad agendum dederunt.*

(7) Le mandat ne devait pas toujours être exprès. En matière de société, Cicéron (*Pro Q. Roscio Comoedo*, 12, 35), voulant prouver qu'une transaction a été faite par un associé en son nom personnel, et non comme mandataire de son co-associé, ne se contente pas d'affirmer l'inexistence de convention

SECTION II

L'utilisation de l'esclave commun.

Les principes généraux du droit romain classique offraient un autre procédé, pour faire accomplir par un seul des actes au profit de tous. L'esclave, instrument d'acquisition aux mains de son maître, conciliait par son activité l'unité d'exécution avec la pluralité des titulaires de droit. Que ce mode de gestion ait été plus fréquemment employé que celui du mandat, c'est ce que l'on ne peut par aucune preuve directe établir de façon indiscutable. Les documents de la pratique, qui seuls permettraient d'observer le fonctionnement de l'indivision, sont trop rares pour fournir des données numériques ou même une simple proportion (1). Cela semble néanmoins probable, en présence des nombreux passages des jurisconsultes classiques consacrés à cette question. L'importance des décisions laisse pressentir la fréquence du procédé (2).

Il eut d'ailleurs été surprenant que l'usage si fréquent des esclaves pour l'administration d'un domaine (3) n'eut pas trouvé d'application lorsqu'il s'agissait de biens indivis. On sait l'avantage juridique que l'on trouvait à ce procédé.

en ce sens. Il recherche dans les éléments de fait (tel que l'absence de *cautio amplius non petiturum*) ce qui peut établir que l'associé n'a agi que pour lui seul.

(1) Les *curatores* désignés dans le testament de Dasumius sont des affranchis, non des esclaves (l. 100 et 63) (*supra*, p. 231, n. 5).

Selon M. E. Weiss, *Archiv für Papyrusfors.*, t. IV (1908), p. 355, n. 3, le papyrus du Fayum, n° 93 (161 ap. J.-C.), impliquerait la présence d'un *institor* à la tête de l'indivision.

(2) C'est ainsi qu'au *Dig.*, près de la moitié des fragments du titre *de stipulatione servorum* (45, 3) sont consacrés au *servus communis*. Sans doute, le recueil est du VI^e^ siècle, mais s'il a permis la réunion de si nombreux textes classiques, c'est que ceux-ci existaient déjà. Cf. également D. 8, 3, 19 (*supra*, p. 217, n. 1); 21, 1, 31, 7; 28, 6, 48, *pr.* (*supra*, p. 122, n. 1); 35, 2, 49, *pr.*; 39, 2, 42; 39, 5, 13 (*supra*, p. 107, n. 3); 41, 1, 37, 1.

(3) Le Bras, *L'évolution générale du procurateur* (Th. Paris, 1922), p. 32-37.

L'esclave acquérait directement pour son maître, évitant les transferts de droits que nécessitait le mandat (1). Dans une société qui ignorait la représentation directe, son emploi permettait seul d'obtenir de l'acte d'autrui les mêmes résultats que du sien propre. Cette commodité était encore plus sensible au cas de pluralité de contractants. Le mandat eût obligé à de multiples transferts de droits entre le mandataire et ses divers mandants. Aussi devait-on préférer recourir à des esclaves plutôt qu'à des mandataires libres. L'indivision elle-même offrait l'instrument nécessaire à son administration. Les esclaves, qui ne pouvaient manquer d'y exister, dès lors qu'elle s'étendait à un patrimoine de quelque importance, étaient ces *servi communes*, grâce auxquels les indivisaires assuraient la gestion des biens communs. C'était parfois des administrateurs avertis, qui vivant depuis longtemps sur l'héritage commun, étaient plus aptes à le gérer que les nouveaux maîtres venant de le recueillir (2).

Mais si l'esclave commun, étant l'esclave de tous, pouvait agir pour tous ses copropriétaires, il était en même temps l'esclave de chacun, et pouvait stipuler au profit d'un seul. Moyen d'administrer l'ensemble, aussi bien que la part de chacun, c'est sous ce double aspect qu'il nous faut l'examiner ici. Aussi le *servus communis* forme-t-il la transition normale entre l'action collective des indivisaires et l'acte individuel, que nous rencontrerons plus loin.

1. **L'esclave, instrument d'acquisition au profit de tous.** — L'effet normal de l'acte accompli par le *servus communis*, c'est de profiter à tous les copropriétaires (3). Il en est ainsi, que l'esclave acquière un droit réel, qu'il stipule un droit de

(1) Cuq, *Inst. jur.*, p. 403, 492.

(2) M. Le Bras (*op. cit.*, p. 37) appelle l'esclave un « directeur technique ».

(3) Nous ne ferons pas ici la théorie de l'acquisition par l'esclave. Voir sur cette question, Buckland, *The roman law of Slavery*, p. 378-392; Scherillo, *Sulla stipulazione del servus e del filius familias* (*Studi Bonfante*, t. IV, p. 203-241).

créance, qu'il recueille tout ou partie d'une succession, comme héritier ou comme légataire (1).

Mais une question se pose aussitôt : comment le droit acquis se répartira-t-il entre les différents copropriétaires? Chacun aura-t-il une part égale, proportionnelle au nombre des copropriétaires, ou bien l'acquisition est-elle proportionnelle à la part de copropriété de chacun dans l'esclave? En d'autres termes, la division s'opère-t-elle selon le nombre des indivisaires ou selon leur droit de copropriété (2)? Sur ce point la réponse des textes est unanime : chacun acquiert *pro dominii portione*, *pro dominica parte*, c'est-à-dire pour une fraction proportionnelle à sa part de copropriété dans l'esclave (3). Solution d'ailleurs parfaitement logique, puisque c'est en raison de son droit de propriété (4) que le maître acquiert par son esclave (5).

(1) Voir *infra*, et D. 45, 3, *de stip. serv.*, 29.

(2) Cette question se rattache à celle de l'acquisition du droit et non à celle du partage, car chacun n'acquiert qu'une fraction de la chose. Il ne s'agit pas ici de savoir comment, lors du partage, se matérialisera ce droit sur une partie déterminée du bien indivis.

(3) Gaius, III, 167 : *Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est.* Ulpien (48 *ad Sab.*), D. 45, 3, *de stip. serv.*, 5 : *...si quid stipulatur (servus communis) vel quaqua alia ratione adquirit, omnibus adquirit pro parte, qua dominium in eo habent*; (24 *ad Sab.*), D. 30, *de leg.*, 50, *pr.* : *Si servus plurium sit, pro dominii portione legatum ei relictum adquiret*; (48 *ad Sab.*), D. 45, 3, 7, *pr.*, *i. f.*; Tryphoninus (7 *Disput.*), D. 41, 1, *de adquir. rer. dom.*, 63, 1, déclare que si l'esclave trouve un trésor sur le fonds d'autrui, le bénéfice en sera partagé entre ses maîtres *pro qua parte servi quisque dominus est*, ainsi que cela a lieu au cas d'héritage, de legs ou de quelque autre libéralité échue à l'esclave (Cf. sur ce texte, Schulz, *Z. S. St.*, t. XXXV (1914), p. 98-101, qui admet que sa solution est classique, mais que des gloses s'y sont insérées).

(4) C'est ce qui explique également que le partage des biens de l'affranchi se fasse par part virile et celui des biens du Junien selon la part de propriété de chacun des maîtres. Cf. une conséquence de cette idée : Julien (44 *Dig.*), D. 41, 1, *de adquir. rer. dom.*, 37, 4, au cas où l'esclave aurait voulu acquérir pour son maître et pour un tiers (Cf. Schulz, *Z. S. St.*, t. L (1930), p. 235).

(5) C'est là, il faut le reconnaître, une grave objection à la théorie de Sciaioja sur la nature même de l'indivision. Si l'acquisition se fait proportionnellement à la part de propriété de chacun dans l'esclave, c'est que cette part a une existence, indépendamment de la limitation de fait qui résulte de

Mais cette répartition n'est qu'une règle interprétative. On peut, par une formule appropriée de la stipulation, rendre les indivisaires copropriétaires pour part virile. Il suffira que l'esclave indique le nom des bénéficiaires de sa stipulation, au lieu de les désigner globalement sous le nom de *domini* (1). Et cette règle elle-même n'est pas impérative, car le texte qui la formule déclare, en terminant, que si l'esclave a stipulé : « *Lucio Titio et Gaio Seio dominis meis* », l'acquisition se fera par part virile ou proportionnellement à la part de propriété de chaque maître, selon que l'une ou l'autre des mentions apparaît comme ayant une valeur déterminante (2).

Lorsque l'acquisition était faite aux dépens d'un des copropriétaires, elle profitait à tous (3). Mais, au témoignage de Julien et de Gaius, fourni par deux *leges geminatae* (4) (D. 10, 3, 24, *pr.* (8 *Dig.*) = 41, 1, 45 (7 *ad ed. prov.*) (5), celui qui en avait fait les frais pouvait par l'action *communi dividundo eam summam percipere* (Julien) ou *praecipere* (Gaius) (6). Gaius, dans un autre passage, donne à celui qui a supporté la

la pluralité de propriétaires. Cette limitation, qui est fonction du nombre des indivisaires, devrait faire acquérir à chacun en proportion de ce nombre, et non en fonction de sa part. Scialoja, qui invoque D. 45, 3, 5 (*Proprietà*, t. I, p. 437-439), n'explique pas cette anomalie. Cf. *infra*, p. 258, n. 3.

(1) Pomponius (3 *ad Q. Mucium*), D. 45, 3, *de stip. serv.*, 37 : *Si communis servus ita stipuletur : « Lucio Titio et Gaio Seio dari spondes? » quia sunt domini illius, pro viribus partibus eis ex stipulatione debetur : si vero ita : « dominis meis dare spondes? », pro parte qua domini essent : si vero ita : « Lucio Titio et Gaio Seio dominis meis dare spondes? » dubitaretur, utrumne viriles partes an pro dominica portione eis deberetur. et interesset, quid cujus demonstrandi gratia esset adjectum et quae pars ejus stipulationis principalem causam haberet.*

(2) La solution finale du texte, plus rigide et formaliste : *sed cum...* est byzantine, *infra*, p. 460, n. 2.

(3) Buckland, *The roman law of Slavery*, p. 386.

(4) Sur le crédit dû à ces textes, *infra*, p. 488, n. 6.

(5) *Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus commune id erit, sed is, ex cujus re adquisitum fuerit, communi dividundo judicio eam summam praecipere* (*percipere*, Julien) *potest : nam* (*quia*, Julien) *fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re ejus servus adquisierit.*

(6) Sur le sens exact de ces termes, Berger, *eod.*, p. 182-183.

dépense, le droit de se faire indemniser pour sa part (1). Paul, enfin, déclare que si l'esclave acquiert avec un pécule propre à l'un des maîtres, l'acquisition sera commune (2), sauf les règlements ultérieurs (3).

L'acquisition *ex re unius* profite donc à tous les copropriétaires. Le recours, ouvert à celui qui en a fait les frais, n'a pour objet que de l'indemniser de l'avance consentie à l'indivision, non de lui procurer en nature l'objet même de l'acquisition. Aussi ne doit-on pas confondre ce cas avec ceux que nous allons maintenant rencontrer, où l'esclave acquiert au profit exclusif d'un de ses maîtres.

II. **Utilisation de l'esclave au profit d'un seul de ses maîtres.** — Dans des cas exceptionnels, l'esclave peut acquérir pour un seul des copropriétaires (4). Les textes signalent deux cas où il en est ainsi.

Tout d'abord, l'esclave peut spécifier, lors de l'acquisition,

(1) Gaius (3 *de verb. obl.*), D. 45, 3, *de stip. serv.*, 28, 1 : *...sed eum, cujus ex re facta est stipulatio, cum socio communi dividundo aut societatis judicium de parte reciperanda recte acturum.* Il n'y a là aucune opposition avec la solution précédente (Berger, *eod.*, p. 184). Le copropriétaire peut prélever, lors du partage, la chose ou sa valeur, ou la laisser dans la masse et se faire rembourser l'excédent de sa part dans la dépense.

(2) Paul (2 *Manual.*), D., *h. t.*, 27.

(3) Pour l'esclave qui sert de bonne foi deux maîtres, la solution est différente. L'acquisition est propre à celui qui a fait les frais de l'opération : Scaevola (13 *Quaest.*), D. 45, 3, *de stip. serv.*, 19; Ulpien (43 *ad Sab.*), D. 41, 1, *de adquir. rer. dom.*, 23, 3. Ce n'est que la fin du texte qui établit cette solution : « *cum pluribus bona fide serviret, mihi soli adquirat* ». Elle se réfère à un passage « postérieur » au livre II des *Quaestiones* de Scaevola, qui est sans doute le livre XIII (D. 45, 3, 19). Cela est rendu vraisemblable par l'identité des motifs invoqués dans les deux textes (lorsque l'esclave ne peut acquérir au profit de tous, celui qui est apte à bénéficier de l'acquisition en profite pour le tout). De même, si l'esclave était donné en usufruit, l'acquisition *ex re fructuarii* profiterait pour le tout à l'usufruitier. Le nu propriétaire n'y participe pas (Julien (44 *Dig.*), 41, 1, 37, 2). La raison de cette dernière règle est facile à donner : il n'y a pas d'indivision entre l'usufruitier et le nu propriétaire, donc aucun motif de les faire bénéficier en commun de l'acquisition faite *ex re unius*.

(4) Paul (54 *ad ed.*), D. 41, 2, *de adquir. vel amit. poss.*, 1, 7.

que celle-ci est faite pour tel de ses maîtres, nommément désigné : « *Titio Domino meo dari spondes* » ou « *hanc rem ex jure Quiritium L. Titii domini mei esse aio eaque ei empta esto hoc aere aeneaque libra* » (1).

Gaius (2), rapportant cette solution, signale une controverse entre Sabiniens et Proculiens, relative au second mode : l'acquisition sur *jussum* d'un seul copropriétaire. D'après les Sabiniens, dans ce cas, comme au précédent, l'acquisition profitait seulement à l'auteur du *jussum*. Les Proculiens soutenaient, au contraire, qu'elle devait être commune (3).

C'est la thèse sabinienne qui finalement devait l'emporter. Elle sera consacrée par le droit de Justinien (4). Mais la discussion sur ce point dut s'apaiser bien avant cette date (5). Un texte de Paul, rapportant la solution de Julien, et deux fragments d'Ulpien reconnaissent déjà que l'acquisition peut profiter à l'auteur du *jussum* (6). Or, il semble bien que ces textes n'aient pas été modifiés par les Compilateurs (7), pour

(1) Gaius, III, 167; (3 *de verb. obl.*), D. 45, 3, *de stip. serv*, 28, 3, qui généralise ces solutions : *vel quodlibet aliud negotium gerat.* Et, déjà, Julien (44 *Dig.*), D. 41, 1, *de adquir. rer. dom.*, 37, 3.

(2) La valeur des §§ 167-167ª vient d'être confirmée par la découverte du *P. S. I.*, *n° 1182*, qui donne un texte analogue à celui du ms. de Vérone.

(3) Gaius, III, 167ª : ...*Nostri praeceptores perinde* (*proinde*, *P. S. I.*, *n° 1182*) *ei qui jusserit soli adquiri existimant, atque si nominatim ei soli* (omis. *P. S. I.*, *n° 1182*) *stipulatus esset servus mancipiove* (*quid, P. S. I.*, *n° 1182*) *accepisset*; Pomponius (26 *ad Sab.*), D. 45, 3, *de stip. serv.*, 6.

(4) I. J., 3, 17, *de stip. serv.*, 3; 3, 28, *per quas pers.*, 3.

(5) La constitution (C. J., 4, 27, 2) qui d'après Krüger (*Dig.*, p. 42, n. 20) aurait tranché la controverse se rapporte en réalité à un autre objet (Buckland, *The roman law of Slavery*, p. 383; Schulz, *Nachklassiche Quaestionen*, *Z. S. St.*, t. L (1930), p. 230 sq.). Le *pr.* de cette constitution précise en effet que l'esclave a stipulé sur le *jussum* d'un propriétaire, mais a fait mention d'un autre. La constitution a pour objet de décider qui devra alors bénéficier de l'acquisition, ce qui implique que celui qui a donné le *jussum* peut normalement acquérir.

(6) Paul (14 *ad Plaut.*), D. 45, 3, *de stip. serv.*, 33; Ulpien (48 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 5 et 7, *pr.* et § 1 (Ces deux fragments devaient faire parti du même développement dans le texte d'Ulpien, Lenel, *Paling.*). Cf. Schulz, *op. cit.*, p. 236.

(7) Buckland, *The roman law of Slavery*, p. 383.

les adapter à la solution qui finit par s'imposer. Rien ne permet d'en soutenir l'interpolation et leur rédaction même paraît s'opposer à tout soupçon (1).

On peut préciser davantage la date à laquelle l'opinion sabinienne prévalut. Scaevola, au Livre II de ses *Quaestiones* (2), connaissait déjà la règle : *Jussum pro nomine accipimus* (3). C'est donc entre le règne d'Antonin (4) et 195 que l'acquisition sur *jussum* fut assimilée à celle faite *nominatim* (5).

Il était enfin certaines hypothèses où l'acte, qui normalement aurait dû profiter à tous, ne profitait qu'à certains ou à l'un d'entre eux. Il en était ainsi lorsque l'un des indivisaires était mort et que l'esclave stipulait avant que

(1) Si la mention du *jussum* dans le fr. 5 se trouve à la fin du texte et peut par là sembler avoir été postérieurement ajoutée, le fr. 7, *pr.*, traite au contraire principalement de ce cas, et c'est la *stipulatio nominatim* qui n'y est signalée qu'incidemment. La phrase finale ne paraît pas avoir été remaniée ; si on y avait ajouté la mention du *jussum*, celle-ci aurait été après le verbe *stipulatus sit* et non avant, car le texte pur ne pouvait être : *nam et si* [*omnium jussu*] *stipulatus sit* [*vel*] *omnibus nominatim*. Ulpien aurait plutôt écrit : *nam et si omnibus nominatim stipulatus sit*, et les Compilateurs auraient ajouté : *vel omnium jussu*.

(2) L'ouvrage est au plus tôt du règne personnel de Commode (180-192), et peut-être antérieur à 195 (Krüger, *Histoire des sources*, p. 262 ; *Geschichte der Quellen*, p. 219 ; Fitting, *Alter und Folge*, p. 68).

(3) Dans Ulpien (18 *ad Sab.*), D. 7, 1, *de usufr.*, 25, 6 ; (43 *ad Sab.*), D. 41, 1, *de adquir. rer. dom.*, 23, 3. La présence de cette solution en deux passages différents du *Dig.*, dont l'un est étranger à la matière du *servus communis*, est une garantie de pureté.

(4) D'après M. Appleton (*Les interpolations dans Gaius*, *R.H.D.*, 1929, p. 230) les Institutes sont du règne d'Antonin (138-161), et peut-être « de la première décade du règne ».

(5) La glose grecque, qui se trouve dans le *P. S. I.*, *n°* *1182*, en face du § 167ª, précisait peut-être l'époque à laquelle prit fin cette controverse. Mais on ne peut en tenter qu'une restitution toute conjecturale (Arangio-Ruiz, *eod.*, p. 48, n. 1), qui n'apporte aucun élément de solution. Cette glose ne suffirait pas à prouver que la controverse fût encore actuelle lorsqu'elle fut rédigée (fin du IVe s., si elle est contemporaine de la copie, ou peut-être un peu plus tôt, si elle a été copiée dans un manuscrit antérieur, *eod.*, p. 48). Elle est l'œuvre d'un professeur, qui pouvait s'intéresser à d'anciennes discussions doctrinales : elle fait allusion aux οἱ Προ[κουλιανοί] (?) disparus depuis longtemps.

son héritier n'ait fait adition (1); lorsque l'acte ne pouvait présenter d'intérêt que pour un seul des indivisaires (2); enfin lorsqu'il était inconcevable à l'égard de l'un d'eux (3).

La sagacité des jurisconsultes classiques s'était exercée à rechercher les solutions qui pouvaient résulter de la combinaison de ces divers procédés. Ainsi, lorsque l'esclave faisait un prêt *ex re unius*, mais au nom d'un autre, les deux copropriétaires se trouvaient créanciers : « *ego ex stipulatu, tu quod pecunia tua numerata sit* ». Mais celui qui n'était créancier que parce que son nom avait figuré à l'acte pouvait être repoussé par le débiteur grâce à une exception de dol (4). Ou bien la créance a été stipulée *ex re duorum,* mais au profit d'un seul. Celui-ci seul en bénéficiera, mais son co-indivisaire pourra réclamer sa part dans un *judicium communi dividundo* (5). L'esclave aura pu stipuler *sibi et uni ex dominis*, ce qui équivaut à une stipulation faite au profit de tous et d'un seul en particulier. Ulpien propose alors de donner le triple à celui qui a été désigné spécialement lors de la stipulation (6). Enfin, peut-être dès l'époque classique, s'était posée la question de l'acquisition faite sur *jussum* d'un

(1) Papinien (27 *Quaest.*), D. 45, 3, *de stip. serv.*, 18, *pr.*

(2) Servitude au profit d'un fonds propre : Ulpien (48 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 7, 1, *i. f.*; Pomponius (9 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 17; dot à un indivisaire qui va se marier : Gaius (1 *de cas.*), D., *h. t.*, 8.

(3) Acquisition de choses qu'un des indivisaires avait déjà : Ulpien (48 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 9, *pr.*; Papinien (27 *Quaest.*), D., *h. t.*, 18, 1; cf. Julien (21 *Dig.*), D. 26, 8, *de auct. et cons. tut.*, 12.

(4) Julien (52 *Dig.*), D. 45, 3, *de stip. serv.*, 1, 2.

(5) Paul (9 *ad Plaut.*), D., *h. t.*, 32. En effet, celui qui supporte les frais de l'acquisition ne peut prétendre à l'avoir en propre. Il n'a droit qu'au remboursement de ses dépenses (*supra*, p. 235). Au contraire, celui au nom duquel l'esclave agit acquiert pour lui seul.

(6) Ulpien (21 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 4 : *Si servus communis sibi et uni ex dominis stipuletur, perinde est, ac si omnibus dominis et uni ex his stipuletur, veluti Titio et Maevio, et Titio : et probabile est, Titio dodrans, Maevio quadrans debeatur.* Par la stipulation *Titio et Maevio*, chacun d'eux acquiert la moitié. Mais la seconde mention de Titius doit lui faire acquérir en plus la moitié de la part de chacun. Il aura donc $6 + 3 = 9$ onces et Maevius $6 - 3 = 3$ onces.

propriétaire, avec *nominatio* d'un autre. Les textes de Justinien font allusion à la difficulté soulevée par ce cas. Aussi préférons-nous en remettre l'examen au chapitre consacré au droit byzantin (1).

SECTION III

L'activité individuelle.

La collaboration de tous était un procédé de gestion lent et compliqué. L'emploi de l'esclave commun, supposant l'existence de celui-ci, s'il était fréquent, n'était cependant pas toujours possible. Reste un dernier procédé : l'activité individuelle de chacun.

C'est ce mode d'action qui a donné lieu aux plus vives controverses. Nous avons dit plus haut (2) comment certains auteurs avaient cru devoir limiter à l'extrême le champ de l'activité individuelle en matière d'indivision. Ils en concluaient tout naturellement que le régime n'était presque pas praticable et que, très rapidement, il devait aboutir au partage (3).

On doit aujourd'hui être moins affirmatif sur ce point. Le *consortium* nous fournit l'exemple d'un groupement où de larges pouvoirs sont accordés à chaque membre de la communauté. Sans doute y a-t-il là une institution particulière (4), inspirée par des coutumes familiales. Il n'en reste pas

(1) *Infra*, p. 460-462.

(2) *Supra*, p. 212-213.

(3) Cette conclusion ne semble pas être celle qu'imposent les sources. L'indivision y tient une place importante, qui laisse supposer sa fréquence. Nous avons vu qu'on la créait fréquemment par disposition à cause de mort. Or, il est peu croyable que, volontairement, on ait institué un régime impraticable.

(4) Le caractère spécial des règles d'administration indiquées par Gaius est bien marqué par les termes : *Illud proprium erat.*

Mais il ne semble pas que l'on puisse, comme le fait M. Arangio-Ruiz (*P. S. I., n° 1182*, p. 40), établir un fossé entre le régime du *consortium* et

moins que nous avons désormais l'exemple d'un groupement où les actes juridiques ne nécessitaient pas le concours de tous. Et cette liberté d'agir a pu, par son exemple, exercer une certaine influence sur les solutions de la jurisprudence classique, chargée d'organiser l'indivision (1).

Il faut d'ailleurs distinguer deux aspects bien différents de l'activité individuelle, selon qu'elle s'exerce sur la part de chacun, ou sur l'ensemble du bien indivis (acte accompli *pro parte* ou acte accompli *in solidum*).

§ 1. — *Acte accompli* pro parte.

Le premier cas n'offre pas de difficulté. Chaque indivisaire est maître de sa part.

C'est ainsi qu'il percevra librement les fruits en proportion de sa part de copropriété. Peu importe que ce soit lui ou ses co-indivisaires qui aient travaillé à la récolte, fourni les graines, fait les plantations. Ce sera là matière à des recours ultérieurs; en attendant, chacun jouira de la part qui lui revient, en fonction de sa part dans le fonds commun (2).

A. — Transfert du droit.

Chaque indivisaire peut également disposer librement de sa

celui de l'indivision classique. Celle-ci fut le plus souvent une indivision héréditaire entre *fratres* (de nombreux texte au *Dig.* parlent de *fratres* à propos de l'indivision), et si le régime du *consortium* s'est modifié progressivement, les juristes ont pu conserver le souvenir de ce qu'il était à l'origine.

(1) En conclusion de son examen des *azioni dei condomini*, M. Ein notait déjà « una forte tendenza verso l'autonomia ei singoli condomini » (*B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 294).

(2) Julien (7 *Dig.*), D. 22, 1, *de usur. et fruct.*, 25, *pr.* : *Qui scit fundum sibi cum alio communem esse, fructus, quos ex eo perceperit invito vel ignorante socio, non majore ex parte suos facit quam ex qua dominus praedii est : nec refert, ipse an socius an uterque eos severit, quia omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur...*; Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 453.

part dans le bien commun, du moment où cet acte ne porte pas atteinte au droit des autres (1). Cicéron invoquait déjà cette liberté d'aliéner reconnue au cohéritier sur sa part pour justifier le droit analogue de l'associé (2), ce qui prouve que si parfois l'indivision fut organisée sur le type de la société, d'autres fois ce fut cette dernière qui copia le régime de l'indivision héréditaire. Plus tard, Neratius (3), Celse (4), Papinien (5), Ulpien (4) affirment le droit pour chaque copropriétaire de vendre sa *pars*. Une lettre de Pline (7, 11) en donne un exemple et diverses constitutions impériales supposent semblable vente (6). Elles spécifient même que les copropriétaires peuvent disposer de leur part aussi bien au profit d'étrangers qu'en faveur des *socii* (7).

(1) Bonfante, *Il regime positivo...*, *B. Ist. D. R.*, t. XXV (1912), p. 204; Riccobono, *Communio*, p. 34.

(2) *Pro Q. Roscio Comoedo*, 18, 55 (*supra*, p. 72, n. 2). Ce texte intéresse non seulement les rapports des deux institutions et le droit des copropriétaires, mais encore la nature de l'indivision. Il prouve que, pour Cicéron, la part a une existence réelle, comparable à l'apport de l'associé. Ce n'est pas simplement une limitation au libre exercice de la propriété, c'est un ensemble de biens (Cf. *supra*, p. 234, n. 5, et *infra*, p. 258, n. 3).

(3) (3 *Membran.*), D. 10, 2, 54 : *Ex hereditate Lucii Titii, quae mihi et tibi communis erat, fundi partem meam alienavi...*

(4) Ulpien (32 *ad ed.*), D. 19, 1, *de act. emp. vend.*, 13, 17 : *Idem Celsus libro eodem* (VIII *Dig.*) *scribit : fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam vindidisti...*

(5) (7 *Quaest.*), D. 21, 2, *de evict.*, 64, 4 : *Qui unum jugerum pro indiviso solum habuit*, [*tradidit*] < *mancipavit* >, *secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam jugeri, quemadmodum si locum certum aut fundum similiter* [*tradidisset*] < *mancipasset* >. Cf. Riccobono, *Communio*, p. 42.

(6) Caracalla (213), C. J., 3, 37, *C. D.*, 1, 1 : *Frater tuus si solam portionem praedii ad se pertinentem distraxit, venditionem revocari non oportet...*; cf. Alexandre Sévère (224), C. J., *h. t.*, 3, *pr.*

(7) Dioclétien et Maximien (287, date où Maximien fut pour la première fois consul, à 304 et peut-être 293, le destinataire étant le même que celui d'une constitution de cette date : C. J., 4, 49, *de act. empt. et vend.*, 8), C. J., 4, 52, *de com. rer. alien.*, 3 : *Falso tibi persuasum est communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividundo judicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.*

On peut de même constituer en dot une part indivise (1), ou faire donation d'une *pars* (2).

Si l'acte de disposition totale et immédiate est possible, à plus forte raison doit-on autoriser celui qui ne porte que sur une fraction du droit, tel que la concession d'un usufruit (3), ou qui n'expose qu'à une aliénation éventuelle, comme un gage ou une hypothèque.

Dès la première moitié du IIe siècle, Julien avait admis qu'un propriétaire put donner sa part en gage à son copropriétaire (4). Ce fut peut-être sous cette forme que l'on reconnût d'abord la mise en gage de la *pars*. Car il est moins grave d'en disposer en faveur d'un copropriétaire qu'au profit d'un étranger. L'acte ne fait pas sortir le bien du groupe constitué; il n'impose pas aux *socii* un nouveau membre, qu'ils n'auraient pas choisi; il peut même parfois aboutir à la cessation de toute indivision, en rendant le créancier seul propriétaire de la chose (5).

La mise en gage de sa *pars* au profit d'un étranger est déjà signalée par Gaius dans un passage de son *liber singularis ad formulam hypothecariam* (6). Au début du IIIe siècle les

(1) Dioclétien et Maximien (294), C. J., 5, 12, *de jure dot.*, 16; Tryphoninus (11 *Disp.*), D. 23, 3, *de jure dot.*, 78, 4. Bien qu'il ne soit pas précisé que ce n'est qu'une *pars* qui est donnée en dot, cela résulte de la suite du texte, qui autorise le *socius* à demander le partage. Cette imprécision de langue est à relever. Elle pourrait conduire à des erreurs en ce qui concerne les pouvoirs des indivisaires.

(2) Dioclétien et Maximien (286), F. V., 282 : *...Communes res in solidum donari nequeunt, sed portiones eorum qui donant ad eos qui dono accipiunt transitum faciunt. Nec ambigi oportet donationes etiam inter absentes, si ex voluntate donantium possessionem ii quibus donatum est nanciscantur, validas esse.*

(3) Ulpien (17 *ad ed.*), D. 7, 6, *si usus fructus pet.*, 5, 2.

(4) Julien, dans Ulpien, D. 10, 3, *F. E.*, 6, 9 : *Idem Julianus scribit, si is, cum quo servum communem habebam, partem suam mihi pignori dederit.*

(5) La préoccupation de faire cesser l'indivision apparaît dans de nombreux textes : D. 10, 3, 7, 13; 19, 1, 13, 17; C. J., 3, 37, 2, 1.

(6) Gaius (1 *ad form. hyp.*?), D. 20, 6, *quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, 7, 4 : *si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae...* (Sur la question de savoir s'il concernait primitivement le gage ou l'hypothèque :

témoignages se multiplient, tant chez les jurisconsultes que dans les constitutions impériales. Papinien (1), Septime Sévère (2), Caracalla (3), Ulpien (4), Marcien (5) reconnaissent formellement ou implicitement sa légitimité (6).

B. — Renonciation et perte de son droit.

Pouvant disposer de leur part au profit d'autrui, les copropriétaires pouvaient également y renoncer purement et simplement, en faire abandon. Modestin l'affirme en faisant observer que si le propriétaire d'un tout ne peut en faire *derelictio* pour partie, il en va différemment pour le propriété-

cf. Manigk, Pauly-Wissowa, v° *Hypotheca*, p. 370, 2). Voir pour la pratique égyptienne contemporaine : *P. Lond. Inv.*, n^{os} 1977 et 1983 (168 et 173/4), où il est d'ailleurs difficile de discerner si le gage a été constitué pour le tout ou pour partie (Bell, *Studi Bonfante*, t. III, p. 61 sq.).

(1) (11 *Resp.*), D. 20, 4, *qui potior. in pign.*, 3, 2 : *...agri portionem pro indiviso pignori datam.*

(2) C. J., 3, 37, *C. D.*, 2 (222).

(3) C. J., 8, 20, *si com. res pignor. sit., Const. un.* : *Frater tuus, sicut vobis invitis portionem vobis competentem obligare non potuit, ita suam dando obligationem creditori quaesiit, unde intellegis nullum praejudicium dominio vestro contractum ejus facere potuisse.*

(4) Ulpien (20 *ad ed.*), D. 10, 3, 7, 13 : *Si debitor communis praedii partem pignori dedit et a domino alterius partis provocatus creditor ejus aut ab alio creditore alterius debitoris...* Le texte n'est cependant pas absolument probant pour l'époque classique, car il concernait sans doute la fiducie (Biondo Biondi, *Legittemazione processuale*, p. 63, n. 3; Kübler, *Kritische Vierteljahrsschrift*, t. LII (1914), p. 43; Krüger, *Dig.*). Peut-être est-ce par l'intermédiaire de la fiducie que les solutions, admises pour l'aliénation, le furent pour le gage (Sur une évolution analogue en matière de reconnaissance de l'indivision du gage, cf. *supra*, p. 184). Ce nous serait un nouvel exemple de la méthode de progression par analogie, suivie par la jurisprudence classique en matière d'indivision. Cf. également (19 *ad ed.*), D., *h. t.*, 6, 8, où le gage ne porte que sur une *pars*. Cela résulte de l'ensemble du texte, malgré la formule trop large : *fundus communis... pignori datus a me.*

(5) (*Lib. sing. ad form. hypot.*), D. 20, 6, *quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, 8, 3 : *Si convenerit, ne pars dimidia pro indiviso pignori sit...*

(6) Nous savons par Cicéron (*Pro Q. Roscio Comoedo*, 11, 32) qu'en matière de société chacun des associés pouvait transiger pour sa part. Il en était sans doute de même au cas de simple indivision.

taire indivis : celui-ci peut faire abandon de sa *pars*, car, à son égard, elle forme un tout (1).

Cet abandon de sa part pose une délicate question : celle du droit d'accroissement. Lorsque l'un des copropriétaires renonce volontairement à sa part, ou en est privé par un fait accidentel, les autres pourront la recueillir et elle viendra accroître à la leur. De nombreux auteurs (2) voient dans cette règle une des preuves les plus nettes de ce que la copropriété ne diffère de la propriété ordinaire que par l'impossibilité de se manifester librement, à raison de l'obligation pour chacun de respecter le droit des autres. Si cet obstacle disparaît, la propriété pourra s'exercer librement. L'accroissement n'est pas une acquisition de droit nouveau. C'est la sup-

(1) D. 41, 7, *pro derel.*, 3 : *Au pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, ejus esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto : atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.* Voir sur ce texte, Bonfante, *Il jus adcrescendi* (*op. cit.*, *infra*, n. 2), p. 837-841, suivi par Rotondi, *Scr. giur.*, III, p. 61, qui propose de rétablir ainsi le texte : *...partem suam reliquit, ejus esse desinit* [*ut... in toto*] *<eaque adcrescit socio>*. Cf. également Segré, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 72-77. Voir une autre restitution proposée par M. Riccobono, *Communio*, p. 53-54, et sa critique par Bonfante, *Scr. giur.*, t. III, p. 452. Il ne semble pas possible d'accepter la théorie de Bonfante, selon lequel l'accroissement ne serait pas forcé. Elle repose sur une opposition entre l'accroissement résultant de la vocation conjonctive (*conjunctio*) et celle qui a lieu dans les autres cas. Cette distinction, qui ne semble pas fondée dans les textes, ne peut s'expliquer que par la conception générale de Bonfante sur le titre d'*heres* et l'acquisition du patrimoine par l'héritier. Elle a, en outre, le défaut de laisser entrevoir la possibilité d'une *res derelicta pro parte*, ce qui ne paraît guère admissible.

(2) Bonfante, *Il jus adcrescendi...*, *Rend. Ist. Lomb.*, 1913, p. 831 sq.; *Scr. giur.*, t. III, p. 434-453 ; Riccobono, *Communio*, p. 53-55; Rotondi, *La Cost. I. C. Just.*, 7, 7, *e la « manumissio » del « servus communis » nel diritto orientali*, *Scr. giur.*, t. III, p. 61 ; Brini, *L'abbandono nella communio. Rend. dell'Ist. di Bologna, classe di Scienze morali*, Ser. II, vol. 8 (1923-1924); Scialoja, *Proprietà*, t. I, p 441-452; Macqueron, *La controverse sur le jus adcrescendi*, *R. H. D.*, 1929, p. 585. M. Segré (*La comproprietà, Corso*, p. 72-77) tient au contraire cette solution pour la survivance d'une conception antique de la copropriété ou pour une sorte d'accession qui ne résulte pas de la réduction du nombre des copropriétaires.

pression de la barrière qu'opposait la règle fameuse « *concursu partes fiunt* ».

Nous ne pouvons ici reprendre la question de l'accroissement (1), et ce n'est que dans la mesure où elle est une conséquence de la perte du droit que nous aurons à en faire état.

Deux actes nous serviront d'exemple pour cette étude : la perte de la servitude par non-usage et l'affranchissement de l'esclave commun (2).

1. — Nous avons vu (3) les aspects multiples que pouvait revêtir l'indivision des servitudes au profit de plusieurs fonds, servitude survivant au partage et continuant à grever les nouvelles parcelles ou à leur profiter, servitude constituée au profit ou à l'encontre de copropriétaires d'un seul fonds. Selon les cas, le non-usage de la servitude aura des effets variables.

Ayant déjà eu l'occasion de signaler ces principes (4), il suffira ici d'un simple rappel. Si la servitude existait au profit de plusieurs propriétaires différents, et que l'un d'eux vienne

(1) Il faudrait étudier l'accroissement à propos de l'usufruit : Ulpien, F. V., 75 sq.; D. 7, 2, *de usu fr. adcres.*; à propos des successions, des legs : Gaius, II, 199; Ulpien, *Reg.*, 24, 12; D. 30, *de leg.*, 34, 10; Celse, D. 31, *de leg.*, 20, D. 32, *de leg.*, 80; Javolenus, D. 31, *de leg.*, 41, *pr.*; Julien, D. 35, 1, *de cond.*, 30; Marcien, D. 38, 16, *de suis*, 9; à propos des acquisitions de l'esclave commun (*supra*, p. 239, n. 1, 2, 3) : Julien, D. 45, 3, *de stip. serv.*, 1, 4; Scaevola, *h. t.*, 19; des acquisitions faites en commun : Ulpien, D. 40, 12, *de lib. caus.*, 7, 3; Paul, 40, 13, *quib. ad lib.*, 5. Il est également signalé comme une conséquence de l'abandon de sa part dans la restitution du Testament de Dasumius, l. 94-95 (*supra*, p. 208).

(2) Nous n'entendons pas par là prendre parti sur la question débattue de savoir si la perte du *dominium* dans l'affranchissement résulte d'une *derelictio* (Cf. Macqueron, *op. cit.*, p. 586-595); c'est pour la commodité de l'exposé que nous rattachons l'affranchissement à la *derelictio*. Il nous semble, en effet, préférable de ne pas le joindre à l'étude de la *vindicatio in servitutem* (*infra*, p. 252), car s'il y a une analogie procédurale, au cas d'affranchissement *vindicta*, l'objet des deux actes est différent et aucune analogie ne peut être relevée dans les autres formes d'affranchissement.

(3) P. 163.

(4) *Supra*, p. 165.

à la perdre par non-usage, elle disparaît à son égard, sans profiter aux autres (1). La même solution s'appliquerait si la servitude profitait à une fraction de fonds divisé *regionibus*, car en réalité il y a ici pluralité de fonds dominants distincts (2). Mais si la servitude était due à un fonds indivis, le défaut d'usage par un seul des copropriétaires n'a aucun effet extinctif (3). Ici, en effet, le fonds n'est plus la propriété d'un seul, et, la servitude existant au profit d'un fonds et non pas d'une personne, l'inaction d'un copropriétaire ne peut préjudicier au fonds, dont il n'est pas le seul titulaire. On ne saurait parler d'accroissement, car d'une part le défaut d'usage ne fait pas perdre le droit de se prévaloir de la servitude, même au propriétaire négligent, et, par ailleurs, chacun ayant toujours pu faire valoir la servitude pour le tout, le non-usage par l'un ne peut en rien accroître le droit des autres.

Ces effets particuliers du défaut d'usage de la servitude résultent des caractères spéciaux de ce droit : droit attaché au fonds et non à la personne et droit indivisible. Sans doute, celui qui n'use pas de la servitude pourra parfois en perdre le bénéfice. Mais il n'en sera pas toujours ainsi à raison du premier caractère de ce droit. Et lorsque cette perte se produira, l'indivisibilité de la servitude rendra inutile et impossible toute application de l'accroissement (4).

(1) Proculus (1 *Epist.*), D. 8, 6, *quemad. serv. amit.*, 16 (*supra*, p. 165, n. 1).

(2) Celse (5 *Dig.*), D., *h. t.*, 6, 1 : *...sibi quisque dominorum usurpat servitutem, sibi non utendo deperdit, nec amplius in ea re causae eorum fundorum miscentur...* En effet, dans ces deux hypothèses il y a co-existence ou concours de servitudes distinctes, beaucoup plutôt qu'indivision (*supra*, p. 164). Si un fonds perd le bénéfice de la servitude, on ne voit pas pourquoi le fonds voisin en profiterait.

(3) Proculus, *loc. cit.*

(4) Il n'est qu'un cas où la perte de la servitude par un de ses titulaires pourrait profiter aux autres. C'est celui où (*supra*, p. 214) l'exercice de la servitude a été réglementé entre eux, chacun pouvant en profiter à certains moments, ou pour une certaine quantité (spécialement pour la servitude d'aqueduc). Dans ce cas, si l'on se trouve dans une hypothèse où le défaut d'usage fait perdre le bénéfice de la servitude, les titulaires restant verront augmenter leur faculté de l'exercer.

2. — Les solutions sont toutes différentes en ce qui concerne l'affranchissement de l'esclave commun, opéré par un de ses maîtres, pour sa part.

Le régime classique est indiqué de façon certaine par le témoignage concordant de nombreux textes : chaque copropriétaire peut affranchir l'esclave commun pour sa part, mais cet acte ne rend pas l'esclave libre. Telle est la solution, complètement opposée à celle que Gaius signalait pour le *consortium* (1), donnée en termes analogues par Paul, Ulpien et les fragments attribués à Dosithée (2). Elle s'applique aussi bien aux affranchissements opérés entre vifs qu'à ceux accomplis par testament ou fidéicommis. L'affranchissement partiel ne fait que priver son auteur de tout droit sur l'esclave. Le nombre des copropriétaires s'en trouve réduit, et la part de propriété ainsi perdue est partagée entre ceux qui restent. Telle est la règle, au cas d'affranchissement entre vifs par un mode civil (à l'époque classique, c'est essentiellement l'affranchissement *vindicta*) ou d'affranchissement à cause de mort. Au contraire, l'affranchissement par un mode prétorien (*inter amicos*), dans l'opinion dominante, était sans effet. Proculus, seul, assimilait ce cas aux précédents (3).

(1) Gaius, III, 154 (*P. S. I.*, *n° 1182*, B, l. 38-42).

(2) *Sent.* de Paul, IV, 12, 1; Ulpien, *Reg.*, I, 18; *Frag. dits de Dosithée* 10. En outre, tous les textes où l'esclave commun apparaît affranchi indiquent que les copropriétaires ont concouru à l'acte : D. 26, 4, *de leg. tut.*, 3, 4; 34, 1, *de alim.*, 16, 3; 38, 1, *de oper. lib.*, 4; *h. t.*, 8; 15, 1; 40, 2, *de manum. vind.*, 4, 2; *h. t.*, 6; 50, 1, *ad munic.*, 7. Enfin, certaines mesures dérogatoires reconnurent la validité de l'affranchissement fait par un seul, ce qui prouve que tel n'était pas le droit commun : cf. l' « historique » fait par Justinien (C. J., 7, 7, *de servo com. man.*, 1-1ª, et I. J., 2, 7, *de donat.*, 4), ou l'emploi de clauses spéciales, tel qu'un affranchissement *pro parte* conditionné à l'affranchissement *pro parte* de la part de l'autre *socius* (Papinien [10 *Quaest.*], D, 40, 4, *de manum. test.*, 48), pour obtenir l'affranchissement effectif de l'esclave. V. un ex. d'affranchissement opéré par les copropriétaires dans le *P. Oxyr.*, n° 49 (an. 100).

(3) Ulpien, *Reg.*, I, 18 : *nam si inter amicos eum* (*servum communem*) *manumisserit* (*unus ex dominis*), *plerisque placet eum nihil egisse.* Fragm. dits de Dosithée, 10 : *Sed inter amicos servus ab uno ex sociis manumissus*

Cette divergence n'est pas sans surprendre. La nullité de l'affranchissement *pro parte* opéré par un mode prétorien apparaît comme une restriction importante aux pouvoirs des copropriétaires, et l'opinion isolée de Proculus, plus favorable à ceux-ci, ne semble pas avoir prévalu. C'est évidemment à la « qualité » inférieure du mode d'affranchissement employé qu'il faut attribuer cette anomalie. On a récemment soutenu (1) que, d'après les Sabiniens, la loi *Junia*, sanctionnant des pratiques prétoriennes antérieures, n'aurait pas reconnu la validité de l'affranchissement sans forme, fait par un seul des copropriétaires. Pareil affranchissement aurait été impuissant à faire disparaître le *dominium* et, par conséquent, l'esclave ainsi affranchi serait resté la copropriété de tous ses maîtres. Les Proculiens, au contraire, auraient étendu à l'affranchissement sans forme tous les effets de l'affranchissement du *jus civile*, sans exiger des conditions spéciales à sa validité.

Il n'est pas certain que la théorie de Proculus signalée par le fr. 10 du pseudo-Dosithée reflète une controverse entre Sabiniens et Proculiens. Il y a peut-être quelque exagération à attribuer à toute l'école l'opinion de son chef (2), et à faire d'une opinion divergente une opposition doctrinale (3). Il paraît surtout difficile d'admettre que l'opinion, refusant tout effet à l'affranchissement prétorien *pro parte*, puisse se prévaloir d'une disposition législative. Nos sources ne font aucune

utriusque domini servus manebit; jus enim adcrescendi in hac manumissione non versatur; quamvis Proculus existimaverit adcrescere eum socio.

(1) Macqueron, *La controverse sur le « jus adcrescendi »*, *R. H. D.*, 1929, p. 595-600.

(2) Krüger, *Hist. des sources*, p. 197, n. 1; *Geschichte der Quellen*, p. 161, n. 8.

(3) On pourrait soutenir qu'il y a là une opposition entre les deux écoles, en faisant observer que les Proculiens se révèleraient ici « analogistes », ce qui est un des traits où Schanz (*Philologus*, 1883, p. 309 sq.) avait cru pouvoir discerner la méthode de l'école. Mais, pas plus que les autres, cette explication de l'existence de deux écoles n'est satisfaisante (les Sabiniens étaient analogistes en matière d'échange, Gaius, III, 141).

D'autre part, les termes d'Ulpien (*plerisque placet*) semblent indiquer que la controverse subsistait après la disparition des deux écoles.

allusion à semblable exigence à propos de la loi Junia. Rares sont d'ailleurs les textes mentionnant des conditions spéciales, édictées par cette loi pour la régularité des affranchissements. Il semble bien que, validant des pratiques antérieures auxquelles elle se référait, elle avait surtout pour objet de préciser les effets de la latinité junienne (1).

Seuls, les fragm. dits de Dosithée sont plus explicites sur ce point. Ils indiquent certaines conditions pour la validité de cet affranchissement (2). Mais de tous ces textes un seul se réfère explicitement à la loi Junia : celui qui interdit aux pérégrins de se prévaloir de cette loi. Quand bien même on verrait dans le § 10 un des textes sur les conditions exigées pour la validité de l'affranchissement prétorien, on ne pourrait conclure qu'il commente une des dispositions de la loi. D'ailleurs, la médiocrité de la source et les vicissitudes de sa transmission ne permettent guère de fonder sur elle une hypothèse, qu'aucun autre texte ne vient corroborer.

Cette divergence de solutions entre jurisconsultes fournit

(1) Gaius parlant de cette loi (I, 22, 23, 31, 41; II, 110; III, 56, etc.) ne signale qu'une condition (I, 41) : la *probatio causae apud consilium*, si le maître a moins de vingt ans (Cf. *Frag. dits de Dosithée* : 13). Les *Inst. Just.* (I, 5, 3) et la const., C. J., 7, 6, rappelant le régime classique de l'affranchissement des Juniens, ne font, elles non plus, aucune allusion à une condition relative à la propriété exclusive sur l'esclave à affranchir.

(2) Le *manumissor* doit avoir l'*in bonis* sur son esclave (§ 9), ne pas être pérégrin (§ 12), obtenir, s'il est mineur de vingt ans, la *probatio causae* (§ 13), et, si c'est une femme, n'ayant pas le *jus liberorum*, l'*auctoritas tutoris* (§ 15). Peut-être une règle spéciale existait-elle lorsqu'il n'avait que la nue propriété (§ 11). Le § 13 semble concerner uniquement l'affranchissement par un mode civil. En réalité, il contient un raisonnement par *a fortiori* : l'esclave ne pouvant être affranchi *vindicta* ou *testamento* par un mineur de vingt ans, à plus forte raison il ne pourra l'être *inter amicos* ni devenir Latin. *Itaque* ne peut laisser entendre que l'affranchissement *vindicta* ou *testamento* ne rend même pas Latin. Il faudrait pour que tel soit le sens : *neque etiam his modis Latinum facere potest.* Ce sens est confirmé par Gaius, I, 41.

L'ensemble des paragraphes conduit à penser que l'auteur voulait dans ces passages comparer l'affranchissement civil au prétorien (§ 10 : *Sed inter amicos...*; § 11 : *Sed Latinum...*; § 16 : *Sed Latinum.*

une preuve nouvelle de l'imprécision de la doctrine classique, et même, pourrait-on dire, de l'absence de toute doctrine en matière d'indivision. En présence d'un acte au caractère un peu vague, comme l'est cet affranchissement temporaire, organisé par la loi Junia, l'hésitation des jurisconsultes se comprend. Sans qu'il soit besoin de supposer une disposition législative sur la question, et dont les interprétations auraient été divergentes, il suffit de relever le caractère équivoque de la liberté accordée au Junien pour comprendre que l'on ne se soit pas résolu à l'assimiler à celle qui résulte des modes civils d'affranchissement. C'est, une fois de plus, le caractère de l'acte à accomplir qui fait se modifier les droits reconnus aux indivisaires (1).

C. — Actions en justice.

Il en sera de même en ce qui concerne le droit d'agir en justice. Ici encore certaines actions pourront être exercées par ou contre les indivisaires pour leur part, alors que cela sera impossible pour d'autres. Ne nous occupant actuellement que des actes accomplis *pro parte*, nous ne retiendrons ici que les premières.

1. Revendication. — La revendication peut être intentée par chacun des copropriétaires pour sa part (2). L'acte ne sau-

(1) Nous verrons un peu plus loin (*infra*, p. 272 sq.) que dans certaines hypothèses on reconnut au contraire un effet plus étendu à l'affranchissement opéré par un seul copropriétaire : il rend l'esclave pleinement libre. Là aussi ce seront des circonstances de fait qui justifieront la solution (refus dolosif ou impossibilité d'affranchir, faveur faite aux militaires, respect des volontés du *de cujus*).

(2) Gaius, IV, 53 *a* : *Plus autem quattuor modis petitur : ...Re... si is cujus ex parte res est, totam eam aut majore ex parte suam esse intenderit.* S'il peut y avoir *plus petitio* pour une action intentée *majore ex parte*, c'est que l'on peut agir *pro parte*. Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 467-470 (Les textes invoqués par cet auteur, D. 6, 1, *de rei vind.*, 3, 2; *h. t.*, 4; 10, 3, *C. D.*, 8, 1, ne sont pas très probants, car ils concernent des actions qui tendent à un partage entre les indivisaires, plutôt qu'à la revendication d'une part contre une personne étrangère à l'indivision).

rait préjudicier aux autres, et aucun motif ne justifierait le refus opposé au propriétaire de réclamer ce qui lui appartient (1). Ce principe fut communément admis et même accepté dans des cas où son application aurait pu sembler moins certaine.

C'est ainsi que l'on autorise chaque copropriétaire d'un esclave à revendiquer celui-ci *pro parte*. Cette solution pouvait exposer à des conséquences assez graves à raison du principe romain que l'on ne peut être libre ou esclave pour partie. Le succès à l'action devait rendre celui dont la liberté était en jeu esclave pour le tout. A l'inverse, l'échec le laissait libre et risquait de préjudicier aux copropriétaires. Ces raisons auraient pu conduire à exiger que tous soient demandeurs à la *vindicatio in servitutem*.

La solution adoptée ne fut pas aussi rigide. Sans doute, pouvait-il arriver que tous se portassent demandeurs au procès pour réclamer l'intégralité de l'esclave commun (2). Mais il leur était également permis de faire valoir séparément leur part de copropriété (*petere pro parte dimidia separatim*) (3).

(1) A l'inverse, la revendication était possible contre chacun des copropriétaires pour sa part. C'est ce qui résulte, *a contrario*, d'une décision de Julien autorisant l'action pour le tout contre un seul, s'il possède la totalité du fonds en litige (55 *Dig.*), D. 6, 1, *de rei. vind.*, 55 : *Si possessor fundi ante judicium acceptum duobus heredibus relictis decesserit, et ab altero ex his, qui totum fundum possidebat, totus petitus fuerit, quin in solidum condemnari debeat, dubitari non oportet* (Contre l'interpolation du texte à partir de *quin*, soutenue par Rechnitz (*Julian*, p. 48, 76, 99), Fraenkel, *Z. S. St.*, t. XLVII (1927), p. 412). La solution de Julien est imposée par la nécessité d'intenter la revendication contre un possesseur.

(2) Ulpien (55 *ad ed.*), D. 40, 12, *de lib. causa*, 8, 1 : *Si plures sibi dominium servi vindicant dicentes esse communem.* Cf. Nicolau, *Causa liberalis*, p. 49.

(3) Julien (5 *ex Minicio*), D., *h. t.*, 30 : *Duobus petentibus hominem in servitutem pro parte dimidia separatim, si uno judicio liber, altero servus judicatus est, commodissimum est eo usque cogi judices, donec consentiant : si id non continget, Sabinum refertur existimasse duci servum debere ab eo qui vicisset : cujus sententiae Cassius quoque est et ego sum. et sane ridiculum est arbitrari eum pro parte dimidia duci, pro parte libertatem ejus tueri.*

M. Arangio-Ruiz, *B. Ist. D. R.*, t. XXI (1909), p. 245, s'efforce de repousser la valeur de ce témoignage en faisant observer que Julien doit laisser parler

La poursuite intentée par l'un des copropriétaires ne pouvait, au cas d'échec, préjudicier à celle que les autres intenteraient à leur tour (1).

Si tous agissaient en même temps, mais devant des juges différents, les Sabiniens étaient d'accord pour déclarer que l'esclave appartiendrait pour le tout à celui qui aurait triomphé dans son procès (2). Rien ne permet de croire que les Proculiens aient été d'opinion divergente. Cette solution consacrait une sorte d'accroissement au profit du gagnant, dont le perdant ne pouvait pas se plaindre, et qui était la conséquence de l'indivisibilité du *status* de l'esclave (3).

ici Minicius qui relaterait un système vieilli, abandonné par Ulpien (*supra*, p. 252, n. 2). Mais rien ne permet de justifier cette hypothèse. Si Julien cite cette opinion, c'est qu'elle lui paraît concerner un cas encore courant de son temps.

L'interpolation de *commodissimum est... continget*, communément admise, vient d'être contestée par M. Nicolau, qui a très justement fait observer sa contradiction avec la fin du texte (*commodius autem...*). Les deux passages ne peuvent donc émaner du même auteur et les preuves d'interpolation sont pertinentes pour le second (*infra*, p. 459, n. 2). En outre *commodissimum est* est employé par Julien et jamais par les Byzantins. Enfin, on peut rendre compte de la solution de Julien : c'est le *praetor hastarius* qui réunit les deux sections du tribunal des centumvirs pour qu'elles se mettent d'accord (*Causa liberalis*, p. 47-48). Par contre, les hésitations qu'il fait valoir à l'égard du caractère classique de la phrase « *et sane ridiculum... ejus tueri* » (*eod.*, p. 47) ne nous semblent pas plus convaincantes que la critique de M. Beseler (*Beiträge*, III, 153-154). Sans doute, le texte s'élève contre une thèse non formulée précédemment. Mais il veut confirmer la doctrine de Sabinus en montrant que la reconnaissance partielle de la liberté serait absurde. Cette absurdité devait apparaître plus manifeste à un classique qu'à un Byzantin, plus habitué aux pratiques orientales de l'esclave libre *pro parte*.

(1) Gaius (*ad ed. praet. urb. titulo de lib. causa*), D. 40, 12, *de lib. causa*, 9, 1. On ne pouvait en effet se heurter à l'*exceptio rei judicatae vel in judicium deductae*, car il n'y avait pas l'*eadem conditio personarum*, ni même peut être l'*idem corpus*, exigés pour que cette exception soit efficace. Paul (70 *ad ed.*), D. 44, 2, *de excep. rei jud.*, 12 et 14, *pr.* (Cf. Ernst Levy, *Konkurrenz*, t. I, p. 78).

La mention de l'*exceptio rei judicatae*, par Gaius (D. 40, 12, 9, 2 ; *infra*, n. 3), concerne l'hypothèse bien différente où un copropriétaire, après un premier échec, voudrait intenter à nouveau l'action.

(2) *Supra*, p. 252, n. 3.

(3) Cependant des hésitations existaient dans la doctrine quant aux con-

2. **Damnum infectum.** — Les actes relatifs à un objet indivisible sont en général insusceptibles d'exécution *pro parte*. C'est ainsi que les constructions, les réparations faites à l'immeuble commun, les travaux de toute nature effectués sur le sol commun ont nécessairement un effet à l'égard du bien tout entier, et par là même à l'égard de tous les indivisaires. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question un peu plus loin. Mais il est cependant certains d'entre eux dont l'accomplissement *pro parte* est concevable. En pareille occurrence, il fallait reconnaître à chacun le droit de faire l'acte pour sa part et en limiter les effets à cette part, afin que l'activité d'un des indivisaires ne puisse exposer les autres à un préjudice. Telle fut l'œuvre de la jurisprudence classique, en matière de *damnum infectum*.

Si l'on veut se rendre compte de la liberté d'action, laissée en ce domaine à chaque indivisaire, il faut l'envisager à divers points de vue. Les textes mêlent souvent les hypothèses et se rendent par là même difficiles à interpréter. La mesure est dirigée tantôt contre les copropriétaires d'un fonds menaçant, tantôt elle émane des copropriétaires d'un fonds menacé. En outre, l'institution, dans son organisation prétorienne (1), présente toute une « gamme » de mesures de sévérité croissante, proportionnées à l'obstination du voisin dont l'immeuble menace ruine (2). On l'oblige d'abord à promettre de réparer, au cas où un dommage se produirait. S'il refuse, le préteur envoie le plaignant en possession, et après

séquences de ces procès multiples. Gaius y fait allusion en signalant les solutions possibles, sans se prononcer lui-même (*ad ed. praet. urb. titulo de liber. causa*, D. 40, 12, *de lib. causa*, 9, 2) : *a*) celui qui aurait échoué pourrait, après le succès de l'action intentée par son copropriétaire, reprendre le procès pour lui et opposer une réplique à l'*exceptio rei judicatae* ; *b*) ou bien sa part serait *res nullius* ; *c*) ou elle resterait à l'adversaire ; *d*) ou enfin elle profiterait au copropriétaire qui aurait réussi.

(1) L'ancien système du droit civil était à l'époque classique en pleine décadence. Karlowa, *R. R. G.*, t. II, p. 480-481 ; Cuq, *Inst. jurid.*, p. 575.

(2) Ce n'est pas le seul cas où le *damnum infectum* puisse intervenir. Mais c'est le plus fréquent. Cf. Cuq, *op. cit.*, p. 576 ; Lenel, *Edictum*, p. 551.

un second décret lui attribue la possession. Enfin, si le défendeur s'oppose à ce que le demandeur prenne possession, et que le dommage se réalise, le préteur donne contre lui une action, l'obligeant à indemniser, comme si la promesse avait été fournie (1).

C'est, semble-t-il, la nature de la première de ces mesures, la promesse d'indemniser, qui fit admettre ici la possibilité d'agir (ou d'être poursuivi) *pro parte*. Cette promesse ayant pour objet une somme d'argent (2), est essentiellement divisible. Chaque copropriétaire put s'engager à indemniser, pour sa part, le voisin menacé par l'immeuble commun. A l'inverse, il ne pouvait, lorsque l'immeuble voisin menaçait le fonds commun, réclamer le *cautio* pour une fraction supérieure à sa part. Cette restriction, logique en matière de promesse de somme d'argent, fut étendue aux mesures plus rigoureuses, qui intervenaient à défaut de celle-ci. Le préteur accorda l'envoi en possession ou l'*actio damni infecti* en faveur, ou à l'encontre, d'un seul copropriétaire (3). Ici cependant la solution paraissait moins logique, — et nous verrons qu'elle ne fut pas admise dans les hypothèses analogues d'*operis novi nuntiatio* ou d'action *aquae pluviae arcendae*, — car l'envoi en possession est une mesure de caractère général, qui ne peut guère se limiter à une *pars* (4).

(1) D. 39, 2, *de damn. inf.*, 7, *pr.*, où Ulpien (53 *ad ed.*) donne le texte de l'Édit.

(2) *Quanti ea res erit, tantam pecuniam dari... spondesne?* (Lenel, *Edictum*, p. 551-552).

(3) Le caractère individuel de la mesure apparaît dans la solution donnée par Paul (1 *ad ed.*), D. 39, 2, *de damn. inf.*, 5, 1 : Si certains fournissent la *cautio* et que d'autres s'y refusent, l'envoi en possession sera prononcé contre ces derniers seulement.

(4) Aussi le caractère partiel de la mesure est-il restreint : le copropriétaire envoyé en possession l'est pour le tout (Ulpien (53 *ad ed.*), D. 39, 2, *de damn. inf.*, 15, 18; *infra*, p. 259, n. 1) et l'envoi en possession dirigé contre un seul gêne tous les autres (Cf. *infra*, p. 259, n. 2, l'expression de cette idée à propos de la *mis. in poss. leg. serv. causa*). Il signifie simplement que l'on ne peut se prévaloir d'un envoi en possession qui a été fait en faveur d'autrui ou contre autrui.

On a contesté que ce régime ait été celui de l'époque classique : la poursuite exercée contre l'un des copropriétaires l'obligerait pour le tout (1). Mais, ainsi qu'on l'a justement observé (2), il est difficile de mettre en doute la concordance des textes sur ce point. Si leur solution actuelle n'était pas classique, on ne pourrait s'expliquer comment elle se retrouve en divers passages du Digeste, et en particulier dans des titres qui n'ont pas pour objet la matière du *damnum infectum* (3). Le travail des Compilateurs fut trop vite mené pour qu'ils aient pris le temps de corriger tous les textes relatifs aux questions sur lesquelles on adoptait des solutions nouvelles. Nous avons la preuve, en diverses matières, d'oubli de ce genre (4). Aussi, lorsque l'unanimité des textes, et particulièrement ceux qui ne traitent qu'accessoirement d'un sujet, affirment la même solution, on peut, avec beaucoup de vraisemblance, y reconnaître l'expression de la doctrine classique.

Dès les débuts de l'époque classique, Sabinus avait admis l'exercice de l'action contre chacun des copropriétaires du fonds menaçant *pro dominicis partibus*. La même doctrine fut reprise par Julien, qui ici encore paraît avoir eu une influence décisive sur l'orientation de la jurisprudence (5). Il aurait, aux dires d'Ulpien, donné la justification rationnelle de cette limitation. Le dommage auquel chaque copropriétaire est exposé ne peut lui causer préjudice que pour la fraction de l'immeuble dont il est propriétaire (6). Paul, à

(1) Perozzi, *Istit.*, II, p. 147, n. 2. Sur les interpolations qu'il croit trouver dans D. 39, 3, 11, 3 et 39, 2, 27, cf. Guarneri Citati, *Obbligazioni indivisibili* (*Annali... di Palermo*, t. IX (1921), p. 102, n. 1).

(2) Guarneri Citati, *op. cit.*, p. 100; Ein, *Le azioni dei condomini*, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 181.

(3) D. 3, 5, 39; 10, 3, 6, 7; 11, 1, 20, 2; 39, 3, 11, 3; 46, 5, 2, 2.

(4) Par ex., *infra*, p. 288.

(5) Ulpien (43 *ad Sab.*), D. 39, 2, *de damn. infect.*, 40, 3.

(6) D., *h. t.*, 40, 2 : *...neque enim damnum, quod pluribus datum est, unicuique in solidum datum est, sed in partem datum esse videtur, et ideo unicuique in partem competere actionem Julianus scripsit.* La justification

son tour, invoquera l'autorité de Julien pour déclarer que chaque indivisaire ne peut réclamer la *cautio damni infecti* que pour sa part (1), et qu'à l'inverse il ne la doit que pour cette même part (2).

Mais il n'était pas interdit à l'un des copropriétaires de fournir la *cautio* pour une part supérieure à celle qui normalement lui incombait. L'acte dépassait alors le simple acte d'administration. En promettant au delà de ce à quoi il était tenu, le copropriétaire a agi pour autrui. Il a fait une gestion d'affaires. Aussi, s'il est contraint à payer le tout en vertu de cette stipulation, il n'aura pas de recours par l'action *communi dividundo* contre ses *socii* (3). Et Paul, très logiquement, lui accorde simplement une action de gestion d'affaires (4).

rationnelle de cette solution, donnée par Julien, contribua sans doute à la faire triompher.

(1) Paul (48 *ad ed.*), D., *h. t.*, 18, 5. Cette solution est déduite par Julien du principe relatif à l'effet de la *cautio* fournie à un propriétaire, qui plus tard achète une maison voisine de la sienne. Il n'est garanti que contre le dommage qui pourrait survenir à la maison dont il était dès l'origine propriétaire (le texte fut peut-être tronqué : *videndum ne...*, il semble qu'il manque ici quelque chose dans le développement de la pensée de Julien). De même, chaque copropriétaire n'est garanti que *pro parte.*

(2) Paul (49 *ad ed.*), D. 39, 3, *de aqua et aquae pluv.*, 11, 3 : *...Dubitare se Julianus ait... an vero is cum quo agitur pro parte sua... damnandus sit, ut in actione damni infecti fiat, cum ejus praedii, ex quo damnum metuatur, plures domini sint et cum uno eorum agatur?* Le texte, relatif à la mesure de la responsabilité de chacun au cas d'action *aquae pluviae arcendae*, invoque un argument d'analogie tiré du *damnum infectum*, et par là fournit sur ce dernier un renseignement dont la pureté est difficile à suspecter. Cf. Gaius (28 *ad ed. prov.*), D. 39, 2, *de dam. inf.*, 32 (*infra*, p. 267, n. 2).

(3) Ulpien (19 *ad ed.*, D. 10, 3, 6, 7 : *Si damni infecti in solidum pro aedibus caveris, Labeo ait communi dividundo judicium tibi non esse, cum necesse tibi non fuerit in solidum cavere, sed sufficere pro parte tua : quae sententia vera est.*

(4) Paul (10 *ad Sab.*), D. 3, 5, *de neg. gest.*, 39 (40) : *Si communes aedes tecum habeam et pro tua parte damni infecti vicino cavero, dicendum est quod praestitero negotiorum gestorum actione potius quam communi dividundo judicio posse me petere, quia potui partem meam ita defendere, ut socii partem defendere non cogerer.*

Reste à préciser comment doit être évaluée cette *pars*. S'il s'agit de la *cautio*, ou de l'action intentée après réalisation du dommage, la *pars* correspond à la part de copropriété de la victime ou du copropriétaire poursuivi. C'est ainsi que ce dernier doit déclarer, devant le magistrat, au moment où il promet la *cautio*, « *quota ex parte ejus sit praedium, ut ad eam partem stipulationem accomodemus* » (1). On veut, par cette déclaration, savoir quelle est sa part de copropriété dans l'immeuble (2), et lui faire fournir la *cautio* dans la mesure de cette part (3). Le même principe d'estimation se retrouve au cas d'action *damni infecti*, car elle tend à une condamnation analogue à celle qui aurait été prononcée si la *cautio* avait été fournie (4).

Lorsque c'est un copropriétaire menacé qui veut se garantir ou se faire indemniser, il ne pourra obtenir la stipulation ou faire condamner son voisin que pour sa part de copropriété (5). Ici, comme au cas précédent, c'est cette part qui fixe l'intérêt du demandeur et la mesure de sa créance.

La nature particulière de la *missio in possessionem* entraîne, au contraire, des solutions un peu différentes. Sans doute, elle n'est prononcée contre un copropriétaire que *portione* (6). Mais elle grèvera, le plus souvent, en fait, tout le fonds menaçant (7). Lorsqu'elle est demandée par un copropriétaire,

(1) Paul (2 *Quaest.*), D. 11, 1, *de interr.*, 20, 2; cf. *h. t.*, 10.

(2) Cf. Paul (78 *ad ed.*), D. 39, 2, *de dam. inf.*, 27; (73 *ad ed.*), D. 46, 5, *de stip. praet.*, 2, 2.

(3) C'est déjà la *dominica portio* qui est la base de répartition des acquisitions faites par l'esclave commun (*supra*, p. 234). Il y a là une notion abstraite de la part, qui a été pressentie plus ou moins nettement par les jurisconsultes classiques.

(4) Cf. les termes de l'Edit rapporté par Ulpien, D., *h. t.*, 7, *pr.* : *...judicium dabo ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo... cautum fuisset.* L'action devait, sans doute, être fictice : cf. *Lex Rubria*, ch. 20 (Lenel, *Edictum*, p. 373).

(5) Ou pour la part du dommage qu'il est exposé à subir (D., *h. t.*, 15, 18 : *portio damni*; *infra*, p. 259, n. 1), ce qui est en réalité la même chose.

(6) Paul (1 *ad ed.*), D., *h. t.*, 5, 1.

(7) Certains textes admettent cependant qu'elle peut ne porter que sur la

elle s'étend à tout l'immeuble, mais elle ne confère aucun droit aux autres. Si tous veulent en bénéficier, tous devront la demander. Ils seront alors envoyés en possession, chacun *in totum*, et, comme le dit Ulpien, *concursu partes habebunt* (1). L'envoi en possession n'aura pas lieu *pro dominica portione*; chacun obtiendra une part égale. La limitation de l'envoi en possession, qui pour chacun a lieu *in solidum*, résulte de l'envoi prononcé en faveur des autres. C'est la pluralité des envoyés en possession qui entraîne la limitation du droit de chacun, et, par conséquent, l'importance de cette limitation résulte de leur nombre même.

3. Protection des légataires. — Une autre matière fournit un exemple analogue de l'indépendance reconnue à chaque indivisaire. C'est celle de la protection des légataires, dont le droit est conditionnel ou à terme, par la *cautio legatorum*, puis par la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*.

Ici, comme au cas de *damnum infectum*, chaque cohéritier fournit la *cautio* pour sa part. Cela résulte d'un texte d'Ulpien, qui suppose que l'un d'entre eux est prêt à fournir la *cautio*, alors que l'autre s'y refuse. C'est donc bien qu'ils peuvent agir séparément. Et le même texte ajoute que le légataire pourra demander l'envoi en possession contre celui qui refuse la *cautio* et pour sa part (2). C'est la preuve que

partie menaçante, lorsque celle-ci peut être matériellement distinguée. Mais cette solution s'applique dès lors que l'immeuble est assez grand pour permettre cette limitation. Ce n'est pas une conséquence de la pluralité de propriétaires. Ulpien (53 *ad ed.*), D., *h. t.*, 1, 5, 12-13; Paul (10 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 38, 1.

(1) Ulpien (53 *ad ed.*), D., *h. t.*, 15, 18 : *Cum autem plures mittuntur in possessionem, aequaliter mittuntur, non pro rata damni, quod unumquemque contingeret, et merito : nam et cum unus mittitur, non pro portione damni mittitur, sed in totum : cum igitur plures mittuntur, aequaliter omnes quasi in totum missi concursu partes habebunt.* Cf. Paul (1 *ad ed.*), D., *h. t.*, 5, 1; Pomponius, cité par Ulpien (43 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 40, 4.

(2) (52 *ad ed.*), D. 36, 4, *ut in poss. leg.*, 5, 11 : *Si ex duobus heredibus alter satisdare sit paratus, alter non, in partem ejus missio locum-*

la *cautio* fournie par un seul ne garantit pas pleinement le légataire, en d'autres termes qu'elle n'a lieu que *pro parte*. La prestation de la *cautio legatorum*, comme celle de la *cautio damni infecti*, est donc un acte individuel et à effet partiel.

Mais, de même que la *cautio damni infecti* pouvait être fournie pour le tout par chacun des copropriétaires du fonds menaçant, de même l'un des cohéritiers pourra fournir pour le tout la *cautio legatorum*, afin d'éviter l'envoi en possession qu'entraînerait le refus partiel de *cautio*. Dans ce cas, il aurait un recours contre ses cohéritiers, pour la fraction dépassant ce à quoi il était personnellement obligé. Ce recours s'exercera par l'action *familiae erciscundae* (1).

L'utilité qu'il y avait pour tous à éviter l'envoi en possession, même prononcé à l'encontre d'un seul des cohéritiers, est le signe qu'ici, comme en matière de *damnum infectum*, l'envoi en possession s'étendait, par la force des choses, au fonds tout entier, quand bien même il n'était prononcé que *pro parte* (2). Il faisait entrer le légataire dans le groupe des cohéritiers. Sans doute, il ne s'y trouvait que pour la part du cohéritier contre lequel la *missio in possessionem* avait été prononcée, mais cela suffisait à permettre son intervention

utique habere debet. missi itaque legatarii impedient etiam eum, qui satisdedit, rei administratione : quare suadendum erit heredi, ut in assem satisdet, ne administratio ejus impediatur.

(1) Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 15 : *...id pro parte hoc judicio (familiae erciscundae) consequatur. idem est et si unus legatorum nomine caverit, ne in possessionem mitterentur.* Cf. une solution analogue, donnée par Ulpien (19 *ad ed.*), D., *h. t.*, 18, 6, où pour faire cesser l'envoi en possession l'un des cohéritiers paie la totalité du legs (il ne s'agit plus ici de *cautio*, pour éviter l'envoi en possession, mais d'exécution pour la faire cesser). Nous reviendrons plus loin (*infra*, p. 370-372) sur la différence de solutions, quant à l'action donnée au co-indivisaire qui a fourni plus que sa part, entre ces textes et ceux cités *supra*, p. 257, n. 3 et 4.

(2) En réalité, la *missio in possessionem damni infecti causa* est *in rem*, alors que celle *legatorum servandorum causa* est *in bona*. Mais, dans les deux cas, elle porte sur l'*intégralité* du patrimoine ou du bien particulier, ce qui seul nous intéresse ici.

dans la gestion du patrimoine indivis. A la différence de la *cautio*, la *missio in possessionem* est un acte individuel à effets généraux.

Mais une différence importante doit être relevée entre la *cautio damni infecti* et la *cautio legatorum*. La première est une promesse de somme d'argent, dont la divisibilité ne peut faire difficulté. Cela nous est apparu comme le fait primordial, qui entraînait le caractère individuel et partiel des autres mesures de protection.

La *cautio legatorum*, au contraire, est essentiellement la promesse d'exécuter le legs (*dari fieri*). L'existence de la clause « *quanti ea res erit, tantum pecuniam dari* », qui avait été admise par Cujas (1), au moins à titre accessoire, à côté de celle de *dari fieri*, a été en effet contestée par M. Lenel (2). Les termes d'Ulpien, qui semblent se référer à la formule même de la promesse, n'y font aucune allusion (3).

Cette rédaction de la *cautio legatorum* modifie l'interprétation que l'on doit donner ici des termes *pro parte*. Cette formule signifie que l'héritier n'étant pas obligé à une somme d'argent, mais à l'exécution du legs, ne peut s'engager à celle-ci que pour sa part. Si le legs porte sur un transfert de propriété de chose indivisible, il ne pourra, sans le concours de ses cohéritiers, exécuter son obligation. C'est dans cette mesure que la promesse n'est qu'un acte individuel et à effet partiel : l'héritier promet l'exécution totale, mais dans la mesure qui dépend de lui.

Comment alors expliquer l'hypothèse envisagée par Paul (4), où l'un des cohéritiers fournit la *cautio* au nom des autres? Si celle-ci était pécuniaire, il aurait pu promettre de payer la part de ses cohéritiers. Mais puisqu'elle est la promesse d'un fait (matériel ou juridique, peu importe ici),

(1) *Comm. in Lib. XXVIII Quaest. Papiniani, ad Leg. II* (t. IV, col. 652 D).

(2) *Edictum*, p. 539.

(3) (79 *ad ed.*), D. 36, 3, *ut leg. seu fideic.*, 1, *pr.*

(4) *Supra*, p. 260, n. 1.

il faut supposer, ou bien que l'héritier s'est engagé pour lui et pour les autres (1), ou bien qu'une évaluation pécuniaire est possible et que l'héritier a pu s'engager à verser la totalité de la somme. Cette dernière hypothèse peut se prévaloir du texte (2) sur lequel s'était appuyé Cujas pour soutenir la présence de la clause : *quanti ea res erit* (3).

§ 2. — *Acte accompli* in solidum.

La validité des actes accomplis *pro parte* par les indivisaires agissant seuls, n'est que la conséquence normale du droit de chacun à disposer de sa part. On ne pouvait, sous pré-

(1) Il y aurait là une promesse pour autrui. Sur la possibilité de pareille promesse, au cas où elle est imposée par le magistrat, et le sens qu'on peut lui attribuer, cf. Girard, *Les stipulations de garantie*, *N. R. H. D.*, 1883, p. 565-568 (*Mélanges*, II, p. 75 sq.); *Manuel*, p. 484, n. 1.

(2) Ulpien (79 *ad ed.*), D. 36, 3, *ut leg. seu fideic.*, 1, 16 : *Item quaeritur, in hanc stipulationem utrum ipsae res veniant quae legatae sunt an vero pretia earum. et est verius in hanc stipulationem res vel pretia deduci.*

(3) Peut-être faut-il encore voir des exemples d'actes accomplis séparément, chaque indivisaire agissant *pro parte* dans deux actions en justice ouvertes contre celui qui a tué ou blessé l'esclave commun. Les copropriétaires pourront agir soit en vertu de la *lex Aquilia* (Ulpien, 18 *ad ed.* et 42 *ad Sab.*, D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, 19-20), soit en vertu de l'*actio injuriarum* (Ulpien, 77 *ad ed.*, D. 47, 10, *de inj.*, 15, 49; Paul, 45 *ad ed.*, D., *h. t.*, 16). Sur le concours de ces deux actions, cf. Ernst Levy, *Konkurrenz*, II, 1, p. 182-194, et Arno, *Le magnae varietates in tema di lex Aquilia e di concursus actionum*, *Studi Riccobono*, t. II, 1932. Mais les textes, insuffisamment explicites, ne permettent pas d'affirmer que chaque copropriétaire ne pouvait se faire indemniser que pour sa part, ou qu'il agissait seul. En effet, le texte qui déclare que le propriétaire agit *pro parte*, dans l'action de la loi *Aquilia*, devait, d'après M. Lenel, en raison de son inscription (*Paling.*, Ulpien, n° 2893; Levy, *Konkurrenz*, t. I, p. 401, n. 5), concerner primitivement l'action *damni infecti*. Quant à l'action *injuriarum*, si chaque copropriétaire ne pouvait y obtenir qu'une condamnation proportionnelle à sa part de copropriété dans l'esclave (solution qui sera plus tard modifiée : I. J., IV, 4, 4. Voir un essai de conciliation de ces textes dans Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 224-226), il n'est pas certain que chacun pouvait l'intenter seul, *pro parte*. L'expression *competere injuriarum actionem omnibus* semble même s'y opposer, encore qu'il soit peut-être exagéré de s'attacher à un si faible indice (Cujas, t. V, 620 E, ne s'arrête pas à cette objection et transpose *omnibus* en *singulis*).

texte de garantir le droit des autres, leur en interdire l'usage. La jurisprudence classique alla même assez loin dans la voie du libéralisme, en reconnaissant la validité de certains d'entre eux malgré l'indivisibilité de l'objet du droit (1).

Elle devait aller plus loin encore et autoriser l'accomplissement d'actes qui, dépassant le cadre de ceux accomplis *pro parte*, s'étendaient à l'ensemble du bien indivis (2). Des faits matériels, des actes juridiques, des actions en justice furent permis à chacun, bien que leurs conséquences se fissent ressentir sur le bien tout entier. Nous ne pourrions, sans dépasser les cadres de cette étude, analyser ces divers actes, ni même en donner la liste complète. Nous en choisirons quelques-uns pour illustrer ce que nous venons d'avancer (3).

On a déclaré que l'acte qui portait sur l'intégralité de la chose n'était possible que du consentement de tous les indivisaires (4). C'est là, nous semble-t-il, ne pas pousser assez loin l'analyse. Deux choses doivent être distinguées pour rendre un compte exact du fonctionnement de l'indivision : la régularité de l'acte accompli par un seul, et la possibilité pour les co-indivisaires de s'opposer à cet acte ou d'exiger réparation du préjudice qu'il peut leur causer. Le premier aspect est surtout important à l'égard des tiers, le second concerne les rapports des indivisaires entre eux. Nous ne

(1) *Supra*, p. 253, pour la *vindicatio in servitutem*; p. 258, pour la *missio in possessionem damni infecti causa*; p. 260, pour celle *legatorum servandorum causa*.

(2) Nous excluons ici tous les cas où l'acte est fait en exécution d'un mandat (*supra*, p. 230).

(3) Nous écarterons en particulier la solidarité, pour les raisons données *supra*, p. 198, et les actions nées de délit (sauf l'action noxale, qui présente un intérêt spécial au cas de *servus communis*), en raison des règles propres de la responsabilité pénale (tel que le cumul des actions pénales); voir par ex. : l'action *de effusis et dejectis* : Ulpien (23 *ad ed.*), Gaius (6 *ad ed. prov.*), Paul (19 *ad ed.*), D. 9, 3, *de his. qui eff.*, l. 1 § 10 à l. 4; l'*actio arborum furtim caesarum* : Pomponius (20 *ad Sab.*), D. 47, 7, *arb. furt. caes.*, 6, *pr.* (Cf. Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 219-245).

(4) Riccobono, *Communio*, p. 44-48, 50-51.

traiterons ici que du premier, réservant le second pour le chapitre consacré aux recours entre indivisaires (1).

A. — Les actes matériels.

Il est en premier lieu un certain nombre d'actes que l'on ne saurait interdire aux indivisaires sans paralyser complètement leur droit. Ces actes, encore qu'ils s'accomplissent sur l'ensemble du bien commun, ne causent pas préjudice aux copropriétaires, parce qu'ils ne concernent que l'usage de la chose et n'exposent à aucune modification sa condition matérielle ou juridique. C'est ainsi que chacun d'eux peut utiliser le travail de l'esclave commun, ou l'employer comme instrument d'acquisition à son profit (2). De même, pourra-t-il cultiver le champ commun. Capiton reconnaissait déjà à chacun des voisins le droit d'orner le mur mitoyen de peintures ou de revêtements de marbre. Mais il avait soin de préciser que ces embellissements ne pourraient donner lieu à une réclamation plus élevée si le mur venait à être démoli et que l'on ait stipulé la *cautio damni infecti*. Il marque ainsi la sphère d'activité laissée à chaque copropriétaire à l'égard du bien indivis. Celui-ci peut y faire des travaux, mais sans exposer indirectement le voisin à un préjudice pécuniaire (3). Ou bien encore le copropriétaire d'un mur

(1) Nous renvoyons également à ce chapitre pour la question si controversée de la *prohibitio*, moyen préventif de s'opposer à l'accomplissement d'un acte matériel sur la chose commune, qui par conséquent, comme les actions en recours, tend à assurer le respect du droit de chacun.

(2) Ulpien (27 *ad ed.*), commentant les termes de l'Edit « *qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse... dicitur* », les déclare inapplicables au maître qui frappe l'esclave commun *cum jure domini id fecerit* (D. 47, 10, *de injur.*, 15, 36). De même peut-il le soumettre à la torture *communis negotii causa* (D. 10, 3, *C. D.*, 27), ou l'enchaîner, sans que la loi Ælia Sentia, qui réduit à la condition de déditice l'esclave affranchi s'il a été *victus tortusve* pendant son esclavage, lui soit applicable (*Sent.* de Paul, IV, 12, 5).

(3) Proculus (2 *Epist.*), D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 13, 1 : *Parietem communem incrustare licet secundum Capitonis sententiam, sicut licet mihi pretiosissimas picturas habere in pariete communi : ceterum si demolitus sit vicinus et ex stipalatu actione damni infecti agatur, non pluris*

mitoyen est autorisé à y apposer des échelles, car celles-ci sont amovibles et n'apportent aucune modification à l'intégrité du mur lui-même (1).

Mais la doctrine semble avoir été plus loin. Avec quelques hésitations, dans des formules peu claires et qui témoignent de leur embarras, les jurisconsultes du Ier siècle de notre ère, Capiton, Sabinus, Proculus (2), reconnaissent des droits plus importants aux voisins séparés par un mur mitoyen. Sous certaines réserves, ils les autorisent à faire des travaux dangereux pour le mur lui-même, et par là ils dépassent la notion de l'acte, permis seulement s'il ne peut préjudicier au bien indivis. Si Proculus interdit la pose d'un tuyau, recueillant l'eau de pluie ou d'un château d'eau (3), contre le mur mitoyen, il permet cependant d'y installer un bain, malgré la dégradation que l'humidité pourra occasionner (4). Le même jurisconsulte déclare qu'il est défendu d'avoir des cheminées le long du mur mitoyen, à raison du risque d'incendie (5). Mais sa doctrine apparaît hésitante. Et Ulpien, qui s'y

quam vulgaria tectoria aestimari debent : quod observari et in incrustatione oportet. Ce régime est encore, dans l'ensemble, celui du Code civ. italien, art. 675.

(1) Paul (6 *ad Sab.*), D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 19, 2 : *Scalas posse me ad parietem communem habere Sabinus recte scribit, quia removeri hae possunt.*

(2) La multiplicité des décisions de jurisconsultes du Ier siècle, relatives à la *paries communis*, décisions auxquelles les juristes postérieurs, comme Paul et Ulpien, se contenteront de renvoyer, confirment l'idée émise plus haut (*supra*, p. 92) sur le développement du mur mitoyen à cette époque. Sa généralisation fit apparaître de nouveaux problèmes juridiques et une doctrine, hésitante au début, se forma peu à peu à son égard.

(3) Voir, sur ces *castella* et le système de répartition de l'eau à Rome, les renseignements fournis par Vitruve et les reproductions données au *Dictionnaire* de Daremberg et Saglio, *ad h. v°*.

(4) Paul (6 *ad Sab.*), D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 19, *pr.*

(5) Proculus (2 *Epist.*), D., *h. t.*, 13, *pr.* : *...rem non permissam facit tubulos secundum communem parietem extruendo.* M. Beseler (*Beiträge*, I, p. 55) croit que c'est là une glose; la tournure peu heureuse de la phrase et le manque de précision qui résulte de sa rédaction négative peuvent cependant s'expliquer par une hésitation de Proculus à se prononcer sur la validité de l'acte.

réfère (1), montre son imprécision et ses lacunes : Proculus refuse en effet l'action de la *lex Aquilia* contre celui qui a installé un foyer contre le mur commun, pour n'accorder qu'une action *in factum*; mais il ne dit pas si cette action n'est donnée qu'au cas où le foyer a été cause d'un incendie; avant tout dommage, un recours est-il possible?

Il est remarquable que Proculus, et Ulpien après lui, ne fassent aucune allusion à la nécessité d'un accord pour autoriser l'installation d'un foyer contre le mur indivis. La question même qui est posée suppose que cet accord n'était pas exigé, puisqu'on se demande quelle action donner au voisin ainsi menacé. C'est donc qu'un acte, qui risquait d'entraîner la perte de la chose commune (par l'incendie du mur mitoyen), était permis à l'un des voisins, sans autorisation de l'autre (2).

(1) *Coll. Mosaic. et Rom. Leg.*, 12, 7, 8 = D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, 27, 10. Les retouches apportées au texte par les Compilateurs font disparaître les hésitations et les imprécisions de Proculus : *Sed non proponit exustum parietem*, devient : *Scilicet si paries exustus sit. — Sane enim quaeri potest... an aequum sit me interim actionem, id est in factum impetrare? Fortassis enim de hoc senserit Proculus. Nisi quis dixerit damni non facti sufficere cautionem*, se résout en : *Sin autem nondum mihi damnum dederis... damni infecti puto sufficere cautionem.* Toute hésitation sur le sens à donner aux paroles de Proculus a disparu. Aux scrupules du savant fait place l'ordre du législateur.

(2) Cf. également, Javolenus (9 *Epist.*), D. 33, 3, *de serv. leg.*, 4 : *...neque me neque te agere posse jus non esse alteri ita immissas habere : nam quod communiter socius habet, et in jure eum habere constitit...* Le texte est certainement corrompu : *immissas* ne se rattache à aucun substantif, ce qui prouve la chute d'un membre de phrase, où il était question de *trabes*. La finale n'a aucun sens. Mommsen a proposé de lire : *item jure me habere*; Bonfante (*Il jus prohibendi, Rendic. Ist. Lomb.*, 1913, p. 676; *Scr. giur.*, III, p. 400) : < *domini, non servitutis* > *jure*; Riccobono, *Communio*, p. 37, n. 1 : [*in*] < *pleno* > ou < *domini* > *jure*; enfin, M. Beseler condamne totalement le passage (*Z. S. St.*, t. XLV (1925), p. 474). Sans aller aussi loin que ce dernier auteur, on peut, tout en reconnaissant l'altération du texte, admettre que l'idée qu'il exprime est classique : chaque copropriétaire du mur mitoyen peut l'utiliser pour y encastrer ses propres poutres.

Il est un autre acte matériel, que plusieurs textes signalent comme pouvant être librement accompli par un seul des indivisaires : c'est le dépôt d'un mort dans un *sepulchrum commune* : Marcien (3 *Inst.*), D. 1, 8, *de div. rer.*, 6, 4; Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 3, 6, 6; (25 *ad ed.*), 11, 7, *de relig.*, 2, 1; *h. t*,

A côté des simples actes d'usage, il en est d'autres qui apportent une modification matérielle à la chose commune, et qui cependant sont permis à chacun.

Le moins grave d'entre eux consiste à réparer l'immeuble commun (1). On pourrait expliquer l'étendue exceptionnelle des pouvoirs reconnus ici à chacun en remarquant qu'il s'agit d'un acte de bonne administration, utile à tous les copropriétaires. Ce motif ne dut pas être étranger à la décision des jurisconsultes classiques, car aucun d'eux ne fait la moindre objection à l'octroi de ce droit (2). Et c'est en reconnaissant l'utilité collective de ces réparations qu'ils accordent un recours en indemnité à celui qui en a pris la charge (3). Enfin, une constitution de Philippe, de 245, prévoit expressément le cas où un seul des copropriétaires ferait la réparation à l'immeuble commun, et décide que s'il n'est pas rem-

6, *pr.*; Callistrate (2 *Inst.*), *h. t.*, 41; Papinien (8 *Quaest.*), *h. t.*, 43. Mais aucun de ces textes n'est pur, et M. Albertario (*Appunti sul condominio de sepulcro nel diritto romano, Filangieri*, t. XXXV (1910), p. 852-857) s'est efforcé de démontrer que la notion même de *sepulchrum commune* était byzantine (*Contra*, Bonfante, *Il regime positivo...*, *B. Ist. D. R.*, t. XXV (1912), p. 205; *Scr. giur.*, III, p. 465; Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 459-463). Nous ne pouvons reprendre ici l'examen de cette question, qui fait appel à des notions de droit funéraire et familial, et nous nous contentons d'indiquer le problème que pose ce nouvel acte.

(1) Scialoja, *Proprietà*, p. 457-458.

(2) Gaius (28 *ad ed. prov.*), D. 39, 2, *de damn. inf.*, 32 : Gaius y critique l'opinion dominante permettant d'user de la *cautio damni infecti* lorsqu'un immeuble indivis menace le bien propre d'un des copropriétaires, car le propriétaire menacé peut, en tant que propriétaire de l'immeuble menaçant, faire les réparations nécessaires : *...nostri praeceptores negant cavere te debere, quia ipse reficere possim recepturus pro parte, quod impenderim, judicio societatis aut communi dividundo* (Cf. *infra*, p. 330, n. 1). Pomponius (21 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 41 : *In reficiendo communi pariete ei potius facultas aedificandi praestatur, qui magis idonee reficere parietem velit. idemque dicendum est et si de eodem itinere rivove reficiendo inter duos vel plures quaeratur.*

(3) Cf. Gaius, *supra*, n. 2; Ulpien (53 *ad ed.*), D. 39, 2, *de damn. inf.*, 15, 19, où *sumptus* désigne probablement des dépenses pour réparer la chose dangereuse. Ulpien reprend sans doute ici la doctrine de Julien (Ulpien, 19 *ad ed.*; Julien, 2 *ad Urseium Ferocem*, D. 10, 3, 4, 4 et l. 5).

boursé de ses frais dans les quatre mois, il pourra réclamer la pleine propriété de l'immeuble (1).

Ce ne sont pas seulement les réparations, qui peuvent être faites par les copropriétaires séparément. Divers textes les autorisent à modifier l'immeuble commun, sans le concours les uns des autres, mais la gravité plus grande de l'acte ne leur laisse plus la même liberté d'agir. Les textes, qui montrent l'activité individuelle des copropriétaires dans ce nouveau domaine, font également apparaître un moyen de contrôle, voire même d'opposition. Nous retrouverons plus loin ce *jus prohibendi*. Il suffira ici d'établir que le concours de tous n'était pas nécessaire.

Un passage de Gaius pourrait sembler contraire à cette idée : « *Parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum et reficiendi jus non est, quia non solus dominus est* » (2).

On a fait à ce texte diverses critiques de forme (3). Mais, en

(1) C. J., 8, 10, *de aedif. priv.*, 4. Cf. Ulpien (31 *ad ed.*) citant Papinien, D. 17, 2, *pro socio*, 52, 10; le texte est relatif à la société, mais on l'étendait sans doute pour identité de motifs à l'indivision; il donne au propriétaire non remboursé le choix entre se faire attribuer la pleine propriété de l'immeuble ou poursuivre son co-associé en remboursement par l'action *pro socio*. Papinien fait allusion à une *oratio* de Marc-Aurèle, qui doit être à l'origine du rescrit de Philippe. Cujas, *Observ. L. XIX, Ch. 20* (t. III, col. 511-512), propose d'assimiler à cette *oratio* le S. C. du même empereur, conférant un droit de gage à celui qui a prêté de l'argent pour faire réparer un édifice : D. 20, 2, *in quib. caus.*, 1; 42, 5, *de reb. auct. jud.*, 24, 1. En effet, d'après Ulpien (D. 17, 2, 52, 10), le copropriétaire, qui a engagé la dépense, a lui aussi une créance privilégiée.

Cette disposition sera reprise dans le livre *Syro-Romain* (*L.* 98 et *arm.* § 132); on l'étendra aux rapports du superficiaire et du propriétaire du sol, qui ne relèvent pas de l'indivision (Bruns, dans Bruns-Sachau, *Syrisch-römisches Rechtsbuch* (Leipzig, 1880), p. 273-274).

(2) (7 *ad ed. prov.*), D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 8. C'est principalement sur ce texte que se fonde la théorie de M. Riccobono, *Communio*, p. 47.

(3) Bonfante, *Il jus prohibendi...*, *Rendic. Ist. Lomb.*, 1913, p. 689; *Scr. giur.*, III, p. 413; Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 217, n. 1 : inutilité de *eum*; *alterutri non est* au lieu de *neutri* ou *nemini*; faiblesse de la justification par *quia non solus dominus est*. Quant à la critique adressée à l'incidente *qui naturali ratione communis est*, et malgré qu'une preuve

outre, la singularité de sa solution ne peut s'expliquer que par une interpolation, ou par une opinion propre à Gaius. Cette dernière hypothèse semble peu vraisemblable, aucune controverse sur ce point ne nous étant connue.

Le texte de Gaius est, en effet, le seul à interdire à un indivisaire les constructions ou les modifications de l'immeuble commun. Ulpien, commentant Sabinus, déclare simplement que, si l'un des voisins démolit un mur mitoyen en bon état, il sera obligé de le réédifier, et au besoin d'indemniser le voisin du préjudice que cette démolition aura pu lui causer (1). Mais il ne semble pas mettre en doute le droit pour les copropriétaires de procéder à des travaux de ce genre. Ce n'est que si le travail était inutile et préjudiciable à l'un d'entre eux, que son auteur devra remettre les choses en état et indemniser. Rien dans ce texte ne fait allusion à l'irrégularité de l'acte, faute du *consensus socii*. La même conclusion est imposée par un passage de Pomponius, rapportant l'opinion de Sabinus (2), qui reconnaît au copropriétaire d'un mur mitoyen le droit de le surélever (3).

toute récente vienne encore d'être donnée de la prédilection de Gaius pour la *naturalis ratio* (*P. S. I.*, *n° 1282*, l. 13; cf. Arangio-Ruiz, *eod.*, p. 30 et n. 1), elle paraît ici pleinement justifiée. Le mur n'est pas naturellement indivis. Il ne l'est que par la convention des parties (*Contra*, Branca, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 267-270).

(1) Ulpien (42 *ad Sab.*), D. 39, 2, *de damn. inf.*, 35 et 37. Les critiques de M. Beseler (*Beiträge*, III, p. 19 et 123), reprises par M. Branca (*Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 252-256), ne portent que sur des incidentes et laissent subsister la solution de fond. C'est dépasser le sens strict du texte que d'y voir, comme Brugi (*L'ambitus e il paries communis*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. IV (1887), p. 365), une interdiction de modifier le mur mitoyen, sanctionnée par la *cautio damni infecti*.

(2) (33 *ad Sab.*), D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 25, 1 : *Si ex tribus aedibus in loco impari positis aedes mediae superioribus serviant aedibus, inferiores autem nulli(s) serviant, et paries communis, qui sit inter aedes inferiores et medias, altius a domino inferiorum aedium sublatus sit, jure eum altius habiturum Sabinus ait.* Le texte, dans un cas où la servitude *altius non tollendi* n'existe pas, reconnaît au copropriétaire le droit d'élever le mur mitoyen, sans faire aucune allusion à la nécessité d'un accord avec le voisin.

(3) Les *Sent.* de Paul, V, 10, 2 (*supra*, p. 89, n. 1), autorisent l'un des

B. — Les actes de disposition juridique (1).

L'indépendance des copropriétaires paraît au contraire avoir été beaucoup plus limitée en ce qui concerne les actes de disposition juridique. Nous avons vu que la vente, la mise en gage, l'affranchissement de l'esclave commun n'étaient possibles que du consentement de tous, l'acte d'un seul ne pouvant avoir effet que pour sa part (2).

Mais si tel est le principe — presque toujours respecté —, il faut néanmoins signaler quelques cas exceptionnels où l'on reconnaît à un seul ce droit de disposer du tout. On constatera ainsi davantage la souplesse que la jurisprudence classique avait su apporter à l'organisation de l'indivision. Ne s'étant pas embarrassée de principes rigides, elle put, selon la nature de l'acte ou le besoin des intéressés, reconnaître plus de liberté aux copropriétaires.

1. Vente du gage. — C'est ainsi que, par une dérogation remarquable à la règle exigeant le concours de tous pour la vente totale du bien indivis, Scaevola autorise la vente du gage par un des cohéritiers du créancier impayé (3). C'était

voisins à édifier la *paries communis* et à se faire indemniser par l'autre. Le texte a été critiqué par M. Riccobono (*Communio*, p. 87), qui a fait observer qu'*aedificat* n'a pas de sujet et que la formule *hoc coepit observari* est insolite. Mais un remaniement de la forme n'est pas pour surprendre dans les *Sentences*, si elles ne sont qu'un résumé postérieur des ouvrages de Paul (*supra*, p. 59, n. 8). Cela ne suffit pas à prouver le caractère post-classique de la solution. Le *hoc coepit observari* peut se référer à une interprétation extensive des mesures de Marc-Aurèle (*supra*, p. 268, n. 1). Il faut, en tout cas, avec l'*Interpretatio*, entendre par *aedificare* : *reficere* (Cf. Ulpien, D. 11, 8, 1, 9; Branca, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 265). On ne pourrait condamner la valeur de ce témoignage que si l'on niait la possibilité pour les indivisaires d'accomplir seuls certains actes. Telle ne paraît pas être la conclusion qui se dégage d'un examen d'ensemble des textes (Cf. Bonfante, *Il jus prohibendi...*, *Rendic. Ist. Lomb.*, 1913, p. 686).

(1) Nous distinguons ceux-ci des actions en justice, que nous retrouverons plus loin (*infra*, p. 277 sq.).

(2) *Supra*, p. 241-251.

(3) D. 20, 5, *de distract. pignor.*, 11 (1 *Resp.*); *h. t.*, 14 (6 *Dig.*), *supra*, p. 183, n. 2.

sans doute là une innovation, et l'hésitation que l'on avait à l'admettre explique la demande adressée au jurisconsulte. La mention qu'en fait Scaevola dans ses *Digesta* et dans ses *Responsa* (1), prouve l'intérêt qu'il y attachait, peut-être à cause de sa nouveauté. Son opinion dut s'imposer, car Ulpien l'adopte sans signaler de controverse sur ce point (2).

La dérogation reconnue par Scaevola pouvait se prévaloir de sérieux motifs d'équité. Si l'on n'avait autorisé le créancier impayé qu'à vendre sa *pars*, on eut par là même diminué de beaucoup la valeur de sa sûreté. Il n'aurait, sans doute, pas trouvé acquéreur, et, en tout cas, celui-ci aurait compensé par l'offre d'un prix moindre la gêne qu'il ne pouvait manquer de rencontrer en entrant dans une indivision. Il fallait donc, sous peine de rendre la sûreté inutile, reconnaître au créancier le droit de la vendre, même pour la part de ses co-créanciers. Telle fut, sans doute, la raison qui inspira Scaevola, encore que son laconisme habituel ne permette pas de l'affirmer (3).

(1) Les *Digesta* furent composés avant les *Responsa*. Mais ce sont les travaux de Scaevola et ses propres opinions qui en forment le fond. Il n'y a pas d'emprunts à des jurisconsultes antérieurs. Ainsi s'explique le nombre des réponses qui se trouvent à la fois aux *Digesta* et aux *Responsa*. Cf. Krüger, *Sources*, p. 259-262; *Quellen*, p. 216-219; Fitting, *Alter und Folge*, p. 64.

(2) (28 *ad ed.*), D. 13, 7, *de pign. act.*, 11, 4 : *Si creditori plures heredes extiterint et uni ex his pars ejus solvatur, non debent ceteri heredes creditoris injuria adfici, sed possunt totum fundum vendere* [*oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit*]. *Quae sententia non est sine ratione.* La fin du texte est suspecte (Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, p. 98-99; Guarneri Citati, *Annali... di Palermo*, t. XI (1923), p. 220, n. 1 ; Krüger, *Dig.*). Cependant la dernière proposition semble, comme l'observait déjà M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 56, n. 1), se référer à une opinion émise précédemment, qui pourrait être celle de Scaevola. Si Ulpien ne fut pas son élève (Krüger, *Sources*, p. 259, n. 2; *Quellen*, p. 216, n. 28), il cite cependant ses ouvrages. Le début ne fait que transposer la solution donnée par Scaevola au cas de vente opérée par quelques-uns des créanciers gagistes. On ne peut y voir un acte dont la validité tient à ce qu'il a été accompli par la majorité, car nous savons (*supra*, p. 230) que cela n'était pas admis en l'absence de clause expresse.

(3) La vente pouvait préjudicier aux co-créanciers, soit qu'elle fût faite pour un prix trop faible, soit qu'ils craignissent de ne pas obtenir du

2. Evolution des règles sur l'affranchissement du *Servus communis*. — Ce sont également les inconvénients inhérents au régime strict de l'indivision qui furent à l'origine d'une évolution du droit d'affranchissement reconnu aux copropriétaires. Ceux-ci ne pouvaient en principe disposer que de leur part, le seul effet de cet acte étant l'accroissement au profit des autres. Le concours de tous étant nécessaire pour opérer un affranchissement valable, il suffisait du refus d'un seul pour en empêcher la réalisation.

Mais sous l'influence des Antonins s'amorce un large mouvement en faveur des affranchissements, qui se poursuivra jusqu'au début du III^e^ siècle et triomphera définitivement dans le droit de Justinien. Les droits des copropriétaires allaient se trouver atteints par une série de sénatus-consultes ou d'interprétations jurisprudentielles s'efforçant de supprimer les entraves à la liberté que pouvait apporter la mauvaise volonté de l'un d'eux.

Ce furent les affranchissements fidéicommissaires qui à cette époque bénéficièrent des dispositions législatives. Sous Trajan, le S. C. Rubrien (109) permit l'affranchissement de l'esclave héréditaire, par certains des fiduciaires, lorsque les autres se cachaient pour échapper à leur obligation. Le S. C., dont Ulpien rapporte les termes, suppose que tous les fiduciaires font défaut et charge alors le préteur de prononcer lui-même l'affranchissement (1). Mais si certains d'entre eux y consentent, il résulte de l'interprétation du S. C. donnée par Papinien que ce seront eux qui affranchiront, le préteur se bornant à citer (2) tous les fiduciaires et à constater l'absence injustifiée de certains d'entre eux (3).

vendeur la part du prix qui leur était due. Mais ils pouvaient éviter ces inconvénients, s'ils se méfiaient du vendeur, en lui remboursant sa part de créance et en lui ôtant par là même le droit d'opérer la vente. A défaut de cette mesure préventive, l'action *F. E.* permettrait un recours contre le vendeur (Berger, *Teilungsklagen*, p. 56, n. 1).

(1) (5 *fideic.*), D. 40, 5, *de fideic. lib.*, 26, 7.

(2) D., *h. t.*, 26, 9.

(3) Papinien (22 *Quaest.*), D., *h. t*, 22, 1 : *A duobus heredibus qui tres ser-*

Le S. C. déclare, en outre, que l'esclave ne sera l'affranchi que de ceux qui ont participé à l'acte. La privation des droits de patronat sanctionne le refus de collaborer à l'affranchissement (1). Mais, peu après (2), le S. C. Dasumien (3) décidait que, si certains des fiduciaires étaient absents *ex justa causa* (4), l'affranchissement serait valablement opéré par ceux qui étaient présents, sans que les autres perdissent le patronat.

En 127, le S. C. Juncien (5) étendait ce régime aux affranchissements d'esclaves, dont le *de cujus* n'était pas propriétaire.

Un peu plus tard (6), prévoyant une nouvelle cause de retard aux affranchissements, le S. C. Vitrasien (7) décidait que si parmi les fiduciaires se trouvait un *infans* incapable de manifester sa volonté, l'affranchissement pourrait être opéré sans son concours. Et un rescrit d'Antonin, complétant ou interprétant la mesure, déclarait que l'*infans* ne perdrait pas ses droits de patronat, encore qu'il n'ait pu concourir à l'affranchissement (8). En outre, il décidait que si seuls les héritiers capables avaient été grevés de fidéicommis, ils devraient estimer la part de l'enfant et lui verser une indemnité correspondante (9). La jurisprudence, appuyée par des

vos habebat petit, ut duos ex his quos voluissent manumittant : altero heredum latitante alter declarat, quos velit manumittere. potest dici fieri liberos, ut perinde libertas competat ac si praesens solus manumittere potuisset. Cf. Ulpien (14 *ad ed.*), *h. t.*, 1.

(1) Ulpien, D., *h. t.*, 1.

(2) D'après une inscription récemment découverte, il est de 119 (Balduin Saria, *Jahreshefte de l'Inst. arch. autrichien*, t. XXVI (1930), p. 64-74 ; Besnier, *R. H. D.*, 1930, p. 836-837).

(3) Maecien (16 *fideic.*), D., *h. t.*, 36, *pr.*, *i. f.*; Ulpien (5 *fideic.*), D., *h. t.*, 28, 3; Marcien (9 *Inst.*), D., *h. t.*, 51, 4-6.

(4) Ulpien, D., *h. t.*, 28, 5.

(5) Ulpien (5 *fideic.*), D., *h. t.*, 28, 4; Marcien (9 *Inst.*), D., *eod.*, 51, 8.

(6) Le S. C. est, au plus tard, du règne d'Antonin (138-161), qui l'interprète dans un rescrit à Cassius Dexter (*infra*, n. 8 et 9).

(7) Ulpien (5 *fideic.*), D., *h. t.*, 30, 1.

(8) *Eod.*, § 5.

(9) *Eod.*, § 6. Le rescrit est peut-être le même que celui dont Ulpien cite un passage au L. IV *de fideic.* (D. 36, 1, *ad S. C. Trebell.*, 17, 17), auquel il ferait ici allusion.

constitutions impériales, étendit le régime du S. C. Vitrasien à tous les cas où l'un des fiduciaires ne pouvait exprimer sa volonté (1).

La situation envisagée par le rescrit d'Antonin pouvait se rencontrer, de façon très générale, lorsque le fidéicommis ne s'adressait qu'à certains des cohéritiers. L'affranchissement risquait alors de léser ceux qui n'en étaient pas tenus. Les héritiers grevés se trouvaient dans une situation analogue à celle de personnes tenues d'affranchir un *servus alienus*. Or, Gaius nous apprend que, dans ce cas, le fiduciaire devait acheter l'esclave, puis l'affranchir (2). La même solution fut adoptée ici : les fiduciaires durent rembourser aux cohéritiers non grevés leur part de propriété dans l'esclave commun. C'est à cette sorte de vente qu'Ulpien fait allusion, lorsque l'*infans* n'était pas tenu d'affranchir (3). Mais déjà avant lui Africain, généralisant le rescrit d'Antonin, applique le système du rachat à tous les cas où certains cohéritiers sont seuls grevés du fidéicommis. Si tous les fiduciaires refusent de procéder à l'affranchissement, le magistrat se substitue à eux. Mais pour éviter que les cohéritiers non grevés ne soient alors frustrés de leur prix de vente, Africain leur donne contre les fiduciaires une action utile ou même l'action *familiae erciscundae*, pour se faire indemniser de la perte que leur cause l'affranchissement (4).

Ce procédé permettait à quelques-uns des copropriétaires

(1) D., *h. t.*, 30, 4, 7 (rescrit d'Antonin), 8.

(2) Gaius, II, 264-265.

(3) Ulpien (5 *fideic.*), D., *h. t.*, 30, 6 : ...*Coheredibus suis vendere eum infans non possit.*

(4) (9 *Quaest.*), D., *h. t.*, 49 : ...*Sed et si non omnium, sed quorundam heredum fieri commissum sit, aeque dicendum orcinum fieri : in eos autem qui latitaverint coheredibus, a quibus redimendae partes essent, utilem actionem eo nomine dari debere vel etiam familiae ercirscundae judicio recte eos acturos.* L'action utile était peut-être une action fictive, où l'on supposait la réalisation de la vente : *actio empti* ou *actio judicati* fictices (Cf. D., *h. t.*, 30, 6 : *perinde... obligati erunt, atque si ob eam rem ex judicati causa cum his agi possit*). La mention de l'action *F. E.* est peut-être interpolée (Berger, *Teilungsklagen*, p. 127).

d'affranchir l'esclave commun, sans causer préjudice aux autres. Il suffira de le rendre obligatoire pour modifier le régime classique de l'affranchissement par le *consensus omnium* (1).

Il ne semble pas que cette réforme ait été accomplie avant une constitution de Justinien, que nous retrouverons plus loin (2). Toutefois, s'il faut en croire l' « historique » par lequel s'ouvre cette constitution, de nouvelles brèches auraient été faites par les Sévères (3) au régime classique. Une constitution de Septime Sévère, pour permettre aux militaires d'affranchir à cause de mort l'esclave commun, aurait obligé leurs héritiers à racheter la part qu'y avait l'autre maître (4).

Une autre constitution de Septime Sévère et Caracalla (198-208) introduisit une innovation, dont il est plus malaisé de fixer la portée, malgré les nombreuses références aux juris-

(1) Un système analogue nous est révélé pour l'Égypte, où la pratique des affranchissements partiels était fréquente : le *Pap. Oxyr.* 716 (186) (Mitteis und Wilcken, *Chrest.*, t. II, n° 360) nous fait connaître une demande adressée au gymnasiarque d'Oxyrinchus par le tuteur de deux mineurs, désireux d'aliéner un esclave dont ils sont copropriétaires pour 2/3 et qui a été affranchi pour 1/3 par le troisième copropriétaire. Cette vente a sans doute pour objet de permettre l'affranchissement total (Cf. Arangio-Ruiz, *Persone e famiglia nel diritto dei Papyri*, p. 10-11).

(2) C. J., 7, 7, *de servo com. manum.*, 1.

(3) § 1 : *Et inventa est constitutio apud Marcianum in institutionibus divi Severi, per quam idem imperator disposuit necessitatem imponi heredi militis comparare partem socii et servum libertate donare.* § 1 *a* : *Sed et alia constitutio Severi et Antonini principum reperta est, ex qua generaliter necessitas imponebatur socio partem suam socio vendere, quatenus libertas servo imponatur, licet nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat, pretio videlicet arbitrio praetoris constituendo, secundum ea quae et Ulpianus libro sexto fideicommissorum et Paulus libro tertio fideicommissorum refert, ubi et hoc relatum est, quod Sextus Caecilius juris antiqui conditor definivit socium per praetorem compelli suam partem vendere, quatenus liber servus efficiatur : quod et Marcellus apud Julianum in ejus digestis notat : hocque et Marcellum, cum Julianum notaret, rettulisse palam est.*

(4) Les fragments qui nous sont parvenus des Institutes de Marcien ne contiennent pas cette constitution.

consultes antérieurs que donne Justinien. En effet, aucun des fragments qui nous sont parvenus des Livres VI, *de fideicommissis*, d'Ulpien et III, *de fideic.*, de Paul ne font allusion à cette constitution, ni à la règle de Sextus Caecilius (1) obligeant le *socius* à vendre sa part. Enfin, on ne sait quelle était cette note de Marcellus, et sur quel texte des *Digesta* de Julien elle pouvait s'être greffée (2).

Aussi n'est-on pas sans avoir quelque soupçon quant à l'authenticité de toutes ces mentions, dont *aucune* n'a pu, avec sécurité, être identifiée.

La mesure prise par Septime Sévère et Caracalla n'a d'ailleurs pas la généralité que semble impliquer le début du texte : « *Generaliter necessitas imponebatur socio partem suam socio vendere, quatenus libertas servo imponatur* ».

Si elle avait vraiment obligé, en toutes circonstances, le *socius* à vendre sa part au copropriétaire qui voulait affranchir, on pourrait se demander quel aurait été le but de la constitution que Justinien devait prendre en 530. Il résulte en effet des termes de cette dernière, confirmés par ceux des Institutes (3), que Justinien fit une innovation. Il serait d'ail-

(1) On s'est étonné du qualificatif de *juris antiqui conditor* donné par Justinien à *Sextus Caecilius* (*Africanus*). Nos anciens auteurs, invoquant divers manuscrits, lisaient *Sextus Aelius*, le consul de 198 avant J.-C. et l'auteur des *Tripertita*, dont Pomponius dit (D. 1, 2, 2, 38) qu'ils contiennent *veluti cunabula juris* (Godefroy, *ad h. l.*; Cujas, *Recit. Solemn. ad Tit. VII, Lib. VII Codicis*, t. IX, 897 B). Mais l'étrangeté du qualificatif ne suffit pas à suspecter l'identité du jurisconsulte. Nous savons d'ailleurs par Aulu-Gelle (*N. A.*, 20, 1) que Sextus Caecilius connaissait les XII Tables au point de pouvoir en faire un commentaire savant dans une conversation inopinée. On ne peut, en tout cas, voir dans la citation de Justinien une allusion au texte d'Africain, D. 40, 5, 49 (*supra*, p. 274, n. 4), qui ne dit nullement que le *socius* soit obligé de vendre sa part.

(2) Cujas proposait de voir cette note de Marcellus dans la fin du texte de Julien rapporté par Ulpien, D. 28, 6, 18 (*quod si neque...*), tout en reconnaissant l'absence de mention de Marcellus (*eod.*, 897 D, et *Paratit. in lib. VII, tit. VII, Codicis Just.*, t. II, 396 A). C'était aller chercher bien loin et sans succès, car, comme il l'avait déjà entrevu (*eod.*), la fin du texte n'est pas de Marcellus, mais de Tribonien (Lenel, Krüger, *Dig.*).

(3) I. J., II, 7, *de donat.*, 4.

leurs surprenant que si la constitution de Septime Sévère et Caracalla avait fait une réforme aussi profonde, aucune trace ne s'en soit trouvée dans la masse des écrits contemporains ou de peu postérieurs qui nous est parvenue.

Un terme permet de préciser l'importance de cette constitution. Le texte prévoit que la part du *socius* sera évaluée par le préteur pour que « *nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat* ». Ce n'est donc que l'affranchissement fidéicommissaire qui y était envisagé (1). On ne veut pas que le copropriétaire non tenu d'affranchir se fasse payer au-dessus de sa valeur la part que doit acquérir le fiduciaire pour exécuter la volonté du *de cujus*.

Réduite ainsi à ses véritables proportions, qu'une phrase ampoulée, bien dans la manière byzantine (*generaliter*, *necessitas*), s'efforçait de masquer, la constitution de Septime Sévère et Caracalla ne fait qu'achever l'évolution commencée par les S. C. du IIe siècle, et continuée, en faveur des militaires, par Septime Sévère, lui-même : elle assure l'exécution des affranchissements à cause de mort et concilie le *favor libertatis* et le respect des dernières volontés avec les droits des copropriétaires. Restait à étendre cette mesure aux affranchissements entre vifs. Ce sera, nous le verrons, l'œuvre des Byzantins (2).

C. — Les actions en justice.

Les dérogations au « principe » de l'accord de tous pour accomplir les actes dont les effets s'étendent à la chose entière ont déjà pu faire naître quelques doutes sur la réalité même de ce soi-disant principe. Nous avons vu que seules les condi-

(1) En ce sens déjà, Mitteis, *Arch. f. Papyrusforch.*, t. III, p. 255; Rotondi, *Scr. giur.*, t. III, p. 62, n. 2; Buckland, *The roman law of Slavery*, p. 578.

(2) Marcellus appliquait peut-être déjà le même système, en dehors des cas d'affranchissement fidéicommissaire, lorsque le *servus communis* a dénoncé le meurtre d'un de ses maîtres; l'esclave sera libéré et les autres maîtres n'auront droit qu'au remboursement du prix de leur part (12 *Dig.*, D. 29, 5, *de S. C. Silaniano*, 16). Mais le texte est suspect (Cf. *Index. interp.*, *ad h. l.*, et Segré, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 68).

tions particulières à chaque acte avaient guidé les jurisconsultes dans le choix de leur solution. Ils ont admis chaque copropriétaire à faire valablement de nombreux actes matériels *in solidum*. Ils l'ont autorisé, dans son propre intérêt, à vendre le gage garantissant la créance commune. Ils ont parfois validé, dans l'intérêt de la liberté, l'affranchissement de l'esclave commun. De même devaient-ils, pour des raisons diverses, permettre à un seul d'agir en justice, bien que l'action concernât l'intérêt collectif de tous les *socii*. Nous ne reprendrons pas, en détail, l'examen de ce dernier cas (1). Quelques exemples suffiront à renforcer l'impression de souplesse qui doit se dégager d'un examen de l'organisation de l'indivision à l'époque classique.

Tantôt l'action en justice est donnée activement ou passivement à chacun des indivisaires *in solidum*, parce que son objet n'est pas susceptible de division et que, par suite, l'action ne peut être intentée que pour le tout (action négatoire ou confessoire de servitude, action portant sur une obligation indivisible, *operis novi nuntatio*, *actio aquae pluviae arcendae*, action noxale) ; tantôt, au contraire, l'action serait possible *pro parte*, mais des raisons de simplification ont conduit à autoriser chacun des indivisaires à y figurer pour le tout (actions *de peculio*, *institoria*, *exercitoria*, *tributoria*, *quod jussu*, actions édiliciennes contre les marchands d'esclaves).

I. **Actions à objet indivisible.** — Les actions négatoires ou confessoires de servitudes et celles en exécution d'une obliga-

(1) Il a fait depuis peu l'objet de travaux nombreux et importants : Ernst Levy, *Konkurrenz*, t. I, *passim*, et spéc. p. 241-266 (action *de peculio*) ; 272-279, 387-388 (action *aquae pluviae arcendae*) ; Bonfante, *La solidarita classica delle obbligazioni indivisibili*, *Arch. giurid.*, t. LXXXV (1921), p. 144-149 ; *Scr. giur.*, t. III, p. 368-375 ; Guarneri Citati, *Obbligazioni indivisibili*, *Annali... di Palermo*, t. IX (1921), qui donne la bibliographie du sujet, p. 1-2 ; Beseler, *Beiträge*, IV, p. 266-302 (critique du point de vue de M. Ernst Levy) ; *Unteilbare Obligationen*, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 84-104 ; Perozzi, *Istit.*, t. II, p. 122-123 ; Segré, *La comproprietà*, *Corso*, 1930-1931, p. 131-154.

tion indivisible ont pour trait commun de porter sur un objet indivisible. Aussi peut-on rapprocher ces deux séries d'actions.

Actions négatoire et confessoire. — Le demandeur à l'action confessoire, ou le défendeur à l'action négatoire, fait valoir un droit qui appartient au fonds commun. De même lorsqu'on intente l'action négatoire, ou qu'on défend à l'action confessoire, c'est encore l'intérêt du fonds, donc celui de l'ensemble des propriétaires, que l'on défend, en même temps que le sien propre. A côté de l'indivisibilité de la servitude, son caractère de droit appartenant au fonds entraîne une sorte de représentation forcée de tous les copropriétaires par celui qui agit. C'est ce qu'exprime très nettement Papinien dans cette formule : *Uno defendente causam communis aquae sententia praedio datur* (1).

Le même auteur, dans une formule très large, englobant à la fois l'action confessoire et l'action négatoire, affirme le droit pour chaque propriétaire d'agir *in solidum* (2), et divers

(1) (2 *Resp.*), D. 3, 5, *de neg. gest.*, 30 (31), 7. Il faut cependant remarquer que l'*intentio* des actions confessoires ou négatoires ne mentionne pas le fonds, mais la personne des parties.

(2) Ulpien (17 *ad ed.*), D. 8, 5, *si serv. vind.*, 6, 4 : *Si aedes plurium dominorum sint, an in solidum agatur, Papinianus libro tertio quaestionum tractat : et ait singulos dominos in solidum agere.* [*sicuti de ceteris servitutibus excepto usu fructu*]. *sed non idem respondendum inquit, si communes aedes essent quae onera vicini sustinerent.* L'interpolation, signalée par Longo (*B. Ist. D. R.*, t. XI (1898), p. 301) et admise par Krüger (*Dig.*), paraît être plus importante que ne l'ont cru ces auteurs. L'exception faite pour la servitude *oneris ferendi* est très discutable et s'explique mieux par la préoccupation byzantine de généraliser la divisibilité des actions. La pensée de l'auteur ne s'exprime pas clairement : il signale une différence par une formule négative, et ne dit ni en quoi elle consiste exactement, ni pourquoi on l'admet. En second lieu, la formule générale de la première phrase (*agatur, agere*) peut s'appliquer aussi bien à l'action confessoire qu'à l'action négatoire. La finale au contraire ne peut concerner que cette dernière : supposant l'action de copropriétaires de la maison *grevée* de servitude, elle ne peut s'appliquer qu'à l'action négatoire. C'est un rétrécissement de l'hypothèse qui est surprenant. Enfin la solution est inacceptable, car l'action négatoire de servitude *oneris*

jurisconsultes appliquent cette solution à l'action confessoire (1) ou à l'action négatoire (2).

Action sanctionnant une obligation indivisible. — Au contraire, lorsque l'action intentée par ou contre un seul *in solidum* a pour objet, non plus la reconnaissance ou la négation d'une servitude établie, mais une stipulation obligeant à constituer la servitude, il ne peut plus être question de droit appartenant au fonds. C'est, pour user d'une terminologie moderne, une action personnelle qui est intentée; si elle l'est pour le tout, cela tient uniquement désormais à l'indivisi-

ferendi est forcément intentée pour le tout. Cette servitude oblige à tolérer que le voisin appuie ses constructions sur les vôtres. On ne peut le lui interdire pour partie. Ce ne serait que l'action confessoire dont on pourrait à la rigueur concevoir l'exercice *pro parte* (Cf. Cujas, *Comm. ad Tit. de Verb. Obl., ad Leg. 85*, t. I, 1063 B), en admettant que l'un des propriétaires grevés puisse faire pour sa part les travaux nécessaires à la solidité du mur. Mais telle ne peut être l'hypothèse du texte (Voir les divers essais d'explication, dont tous les auteurs reconnaissent la faiblesse, dans Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 142-147; Segré, *Studi Ascoli*, p. 19, *estr.*). Cf. Ulpien (71 *ad ed.*), D. 43, 27, *de arb. caed.*, 1, 5.

(1) Ulpien, citant Pomponius (17 *ad ed.*), D., *h. t.*, 4, 3 : *Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio, et ita et Pomponius libro quadragensimo primo scribit :* [*sed in aestimationem id quod interest veniet, scilicet quod ejus interest qui experietur. itaque de jure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod ejus interest revocabitur, quamvis per unum adquiri servitus non possit*]. L'interpolation de la fin du texte a été démontrée en dernier lieu par M. Guarneri Citati (*op. cit., Ann... di Palermo*, t. IX (1921), p. 57-64). V. également Ernst Levy, *Konkurrenz*, t. II, p. 239, n. 6 ; Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 93; *contra*, Ein, *Le azioni dei condomini* (*B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 148-154. Les arguments de forme sont nombreux (*aestimationem* pour *condemnationem*; *quod interest* sans *id*; *victoria*; *experiri* employé sans objet; *per unum* sans *ex sociis*, mais, et ceci est décisif, la solution ne peut être classique, car elle supposerait une action intentée pour le tout (*intentio in solidum*) et une condamnation *pro parte*. Or cela est inconciliable avec la procédure classique et les efforts d'explication sont restés sans succès (Guarneri Citati, *eod.*, p. 28-34; Segré, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 138-139).

(2) Ulpien, citant Pomponius, D. 8, 5, *si serv. vind.*, 4, 4 (Cf. Guarneri Citati, *op. cit.*, p. 58, n. 3).

bilité du droit stipulé : la servitude. Les textes en ce sens sont multiples et bien connus. Il suffit ici d'y renvoyer brièvement.

On peut poursuivre chacun des indivisaires, spécialement chacun des cohéritiers d'un promettant, en exécution totale d'une promesse de constituer une servitude (1). A l'inverse, s'ils sont titulaires d'une créance leur permettant d'exiger la constitution d'une servitude, ils pourront la faire valoir chacun pour le tout (2).

Dans tous ces cas, si un seul peut réclamer en justice la constitution de la servitude, ou être lui-même contraint à l'établir, cela ne prouve nullement l'existence d'une représentation des indivisaires les uns par les autres. C'est simple-

(1) Pomponius (*sing. reg.*), D. 8, 1, *de serv.*, 17 : *Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est : et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt : et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.* Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 10 (les interpolations qui modifient ce texte ne portent pas sur la phrase qui nous intéresse : *singuli in solidum tenentur*. V. en particulier, Binder, *Korreal. Obl.*, p. 289; Perozzi, *Ist.*, II, p. 92, n. 5; Krüger, *Dig.*; Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 93. — *Contra*, Berger, *Teilungsklagen*, p. 149, n. 1; Bonfante, *Scr. giur.*, t. III, p. 374; Guarneri Citati (*op. cit.*, p. 189, n. 2, etc.); Paul (12 *ad Sab.*), D. 45, 1, *de verb. obl.*, 2, 2 (*supra*, p. 200, n. 1).

(2) Pomponius, D. 8, 1, *de serv.*, 17 (*supra*, n. 1); Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 9. M. Guarneri Citati (*op. cit.*, p. 47-56) a montré que la division de la condamnation était byzantine. — *Contra*, Beseler, *Z. S. St.*, 1926, p. 91, qui croit à son caractère classique. Il déclare que le créancier ne peut obtenir une condamnation que pour l'intérêt qu'il avait à la constitution de la servitude : *quanti actoris interest, tantam pecuniam* (*condemna*). Mais le cohéritier poursuit la constitution de la servitude; son action ne peut être qu'*in solidum*, et la *condemnatio*, entraînée par la formule de l'*intentio*, doit l'être également. Le *quanti ea res erit* de la *condemnatio* devra se référer à la totalité du droit déduit en justice par l'*intentio*; que le défendeur exécute son obligation de constituer la servitude, ou qu'il s'y refuse et soit condamné à une somme d'argent, il devra exécuter pour le tout. Cette solution, qui résulte des termes mêmes de la formule, est par ailleurs parfaitement équitable. Le système contraire favoriserait le défendeur qui refuse d'exécuter en nature, en ne l'obligeant qu'à une indemnisation partielle (*infra*, p. 469-470).

ment la conséquence inéluctable du caractère indivisible de la servitude qui impose à l'un d'entre eux l'obligation de figurer au procès pour l'intégralité du droit réclamé (1).

La même solution s'impose, et pour les mêmes raisons, si l'objet de la stipulation est un fait, en particulier un *opus facere*, dont on ne saurait concevoir la réclamation en justice *pro parte*.

Gaius le déclare à propos d'obligation d'*opus facere* imposé par legs (2). Les héritiers grevés pourront être poursuivis et contraints, chacun pour le tout, à faire le travail. Le rescrit de Marc-Aurèle et Verus, rapporté par Ulpien (3), et un fragment de Paul (4), expriment la même opinion.

A l'inverse, si c'est le créancier qui meurt en laissant plusieurs héritiers, ceux-ci pourront exiger la totalité de la prestation, encore qu'ils agissent séparément. Cela résulte d'un passage d'Ulpien (5) qui affirme l'indivisibilité de semblable stipulation. Il en serait de même si la stipulation portait, non plus sur un *facere*, mais sur un *non facere*. Il n'y a pas,

(1) En ce sens, Riccobono, *Communio*, p. 49-50.

(2) (3 *de leg. ad ed. praet.*), D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, 80, 1 : *...quorum omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint, singuli in solidum tenentur. Contra*, Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 91. Les héritiers du créancier ne pourraient agir que pour leur part d'intérêt à ce que l'*opus* ait été exécuté et les héritiers du débiteur verraient la dette se diviser *ipso jure* ; cela résulterait de la formule de la stipulation : *quod si ita factum non erit, sive quid adversus ea factum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondesne? Spondeo.* Mais cette stipulation est une stipulation de dommages-intérêts conventionnels, dont la divisibilité s'explique par le caractère pécuniaire. Au contraire, la promesse principale, *opus facere*, ne saurait se diviser.

(3) (29 *ad ed.*), D. 32, *de leg.*, 11, 23-24 (*supra*, p. 204, n. 2).

(4) (75 *ad ed.*), D. 45, 1, *de verb. obl.*, 85, 2 : *Secunda (species exsecutionis obligationis pertinet) ad opus, quod testator fieri jusserit : nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest.* Cf. Ulpien (71 *ad ed.*), D. 43, 24, *quod vi aut clam*, 15, 2, poursuite contre un seul *in solidum* pour fait illicite commis par plusieurs.

(5) (20 *ad ed.*), D. 45, 1, 72, *pr.* (*supra*, p. 202, n. 3). L'interpolation du texte dans la deuxième partie (à partir de *Celsus tamen*) a été démontrée en dernier lieu par M. Guarneri Citati (*op. cit.*, *Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 167-183). — *Contra*, Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 102.

en effet, d'opposition de nature entre ces deux sortes d'obligations et toutes deux sont également indivisibles (1). Aussi Paul, dans un texte transformé par les Compilateurs (2), devait-il admettre qu'un seul des cohéritiers pouvait poursuivre *in solidum* le débiteur qui avait manqué à sa promesse (3).

On doit rapprocher des obligations indivisibles à raison de leur objet, celles qui sont divisibles, mais dont l'exécution partielle est rendue, *en fait*, impossible par l'adjonction d'une

(1) *Supra*, p. 201, n. 1.

(2) (12 *ad Sab.*), D. 45, 1, *de verb. oblig.* 2, 6. M. Guarneri Citati (*op. cit., Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 201-227) propose du texte la restitution suivante : < *Item* > *si* < *is* > *decesserit qui stipulatus erat sibi heredique suo* < *ire* > *agere licere, et unus ex heredibus ejus prohibeatur,* < *tota committitur stipulatio, et unicuique in solidum competit actio* > (p. 227).

(3) On pourrait multiplier ces exemples. Il suffisait ici de relever les cas les plus nets. Voir par ex. Marcellus (5 *Dig.*), D. 16, 3, *depositi vel contra*, 22. Il faut rapprocher de ces cas un fr. de Scaevola (1 *Resp.*) dont le sens fut amplement débattu (Audibert, *N. R. H. D.*, 1904, p. 293-298 ; Appleton, *La Loi* ex parte *et la 4e leçon de Dumoulin à Dôle, Mélanges Fitting*, t. I, p. 1-25 ; Debray, C. R. de l'article précédent, *N. R. H. D.*, 1909, p. 96-98 ; Berger, *Teilungsklagen*, p. 186-188 ; Lenel, *Edictum*, p. 209, n. 3), D. 10, 2, *F. E.*, 39, *pr.* : *Ex parte heres institutus causam de totis bonis, quam omnes heredes patiebantur ob inultam mortem, suscepit et obtinuit : coheres ab eo partem suam petebat nec partem sumptuum factorum in litem praestare volebat...* La réponse de Scaevola est interpolée (V. les auteurs cités *supra*), mais l'hypothèse du texte seule nous intéresse ici. Scaevola suppose que le fisc, en vertu du S. C. Silanien, a réclamé une succession, en faisant valoir que les héritiers, n'ayant pas fait punir le meurtrier du *de cujus*, étaient indignes de lui succéder. Or l'un d'eux a défendu au procès contre la prétention du fisc et a triomphé. Mais il a plaidé *de totis bonis*. Il a donc défendu pour le tout. C'est une question controversée de savoir si cette défense ne pouvait se faire que pour le tout (en ce sens, Cujas, *Comm. in Lib. I Resp. Scaevolae, ad h. l.*, t. VI, col. 698 ; Audibert, *op. cit.*, p. 295), ou si elle eût été possible pour la part du défendeur seule (Appleton, *op. cit.*, p. 9, n. 1). Il semble, qu'en réalité, il y avait là une question de fait : si le défendeur invoque une excuse personnelle, telle que la minorité, il ne pourra défendre que sa part. Mais s'il fait valoir qu'il a exécuté l'obligation de venger le *de cujus*, sa défense profitera aux autres, car elle prouvera qu'il n'y a pas *inulta mors*. Quelle que soit la position prise sur cette question, les termes mêmes du texte prouvent qu'ici le cohéritier a défendu pour le tout.

clause pénale. En effet, l'exécution partielle de semblable obligation n'empêche pas la *poena* d'être encourue pour le tout (1). Ce cas diffère des précédents en ce que ce n'est plus l'action qui est intentée *in solidum*. Elle sera exercée *pro parte*, puisque par hypothèse l'obligation est divisible, mais celle-ci devra être exécutée pour le tout par l'un des co-débiteurs s'il veut éviter que tous soient tenus de la *poena* (2). Ici encore nous sommes en présence d'un acte que l'indivisaire doit accomplir au delà de sa part, malgré la division de plein droit des créances et des dettes.

De même en est-il lorsque la dette est garantie par un gage. La libération du gage n'est possible que si la dette est totalement éteinte. Aussi verra-t-on l'un des co-débiteurs l'acquitter pour le tout (3), malgré qu'il n'en soit tenu que pour partie (4).

(1) Paul (75 *ad ed.*), D. 45, 1, *de verb. obl.*, 85, 6 : *Item si ita stipulatio facta sit : « si fundus Titianus datus non erit, centum dari? » nisi totus detur, poena committitur centum nec prodest partes fundi* [*tradere*] *cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere* (Cf. Guarneri Citati, *op. cit.*, *Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 238-241); Pomponius (26 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 5, § 3ª (voir pour l'interpolation de la fin, Guarneri Citati, *op. cit.*, p. 232-241), § 4; le texte de Paul (12 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 4, 1, est interpolé (Guarneri Citati, *op. cit.*, p. 254-256; Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 100).

(2) Paul (75 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 13; Julien (15 *Dig.*), D. 18, 4, *de hered. vel act. vend.*, 18.

(3) Paul (32 *ad ed.*), D. 45, 1, *de verb. obl.*, 85, 6, rapproche ce cas de celui où la stipulation est garantie par une *poena* (*supra*, n. 1); (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 14, où il fait le même rapprochement : *Idem observatur in pignoribus luendis : nam nisi universum quod debetur offeratur, jure pignus creditor vendere potest*; Ulpien (19 *ad ed.*), D., *h. t.*, 18, 7, où *quis* désigne un des cohéritiers, puisque la suite du texte lui donne l'action *F. E.*; Papinien (7 *Quaest.*), D., *h. t.*, 31. La même doctrine se retrouve dans un texte de Papinien (8 *Quaest.*), D. 21, 2, *de evict.*, 65, fort interpolé (en particulier, Ernst Levy, *Konkurrenz*, t. I, p. 225, n. 4 et les auteurs cités; Beseler, *Beiträge*, IV, p. 319-320; Guarneri Citati, *op. cit.*, *Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 232, n. 1, 242, n. 1 : « ma ció non toglie che l' « indivisa pignoris causa » sia un concetto classico »). Cf. également C. J., 2, 18, *de neg. gest.*, 3 (Septime Sévère et Caracalla, 199).

(4) C'est pour une raison analogue que l'on devait exiger le paiement total du prix de l'un des co-acheteurs, qui voulait agir en exécution de la

Nuntiatio operis novi. — La *nuntiatio operis novi* met en présence d'une situation plus compliquée. Comme le *damnum infectum*, c'est une procédure à phases multiples. Elle permet de s'opposer à un travail (*nuntiatio*) et, si l'opposition est restée sans succès, d'obtenir sa destruction ou l'indemnisation du préjudice qui en résulte.

Si le fonds, sur lequel doit être fait l'*opus novum*, appartient à plusieurs personnes, il suffira de s'adresser à l'une d'elles pour que la procédure soit régulièrement engagée (1).

vente par l'action *ex empto*. Le vendeur a, en effet, sur la chose vendue un droit de rétention, analogue au droit de gage, et que seul le paiement total du prix fera cesser : Ulpien (1 *ad ed. aed. cur.*), D. 21, 1, *de aed. ed.*, 31, 8 : *Idem Marcellus ait non posse alterum ex dominis consequi actione ex empto, ut sibi pro parte venditor tradat, si pro portione pretium dabit : et hoc in emptoribus servari oportere ait : nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet, quoad emptor satisfaciat.* Cf. Labéon (4 *post. a Javoleno epit.*), D. 18, 1, *de contrah. empt.*, 78, 2.

(1) 1° *Nuntiatio* faite a un seul, Papinien (3 *Quaest.*), D. 39, 1, *de op. nov. nunt.*, 18 : *Aedibus communibus si ob opus novum nuntiatio uni fiat [si quidem ex voluntate omnium opus fiat, omnes nuntiatio tenebit, si vero quidam ignorent, in solidum] obligabitur, qui contra edictum praetoris fecerit* (Guarneri Citati, *op. cit.*, p. 96-97; Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 97); Ulpien (52 *ad ed.*), D., *h. t.*, 5, 5 : *Si plurium res sit, in qua opus novum fiat et uni nuntietur, recte facta nuntiatio est omnibusque dominis videtur denuntiatum...* (la fin du texte est interpolée : Guarneri Citati, *op. cit* , p. 95-96 ; Beseler, *loc. cit.*).

2° *Cautio* fournie par un seul, Ulpien (80 *ad ed.*), D., *h. t.*, 21, 5 : *Quaesitum est, si plures domini aedificent, an omnes cavere debeant. et ait Labeo unum cavere debere, quia restitutio operis fieri pro parte non possit*; Paul (12 *ad Sab.*), D. 45, 1, *de verb. obl.*, 4, 2 : *...restitui tamen opus ex operis novi nuntiatione pro parte non potest...*; (73 *ad ed.*), D. 46, 5, *de stip. praet.*, 2, 1 : *...quamdiu enim aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum.*

Inversement la *cautio* pouvait en droit classique être donnée à un seul des *nuntiantes*. Ulpien (80 *ad ed.*), D. 39, 1, *de op. nov. nunt.*, 21, 6 : *Idem (Labeo) ait et si plures nuntient, curandum esse, ut uni caveatur, si inter eos conveniat : plane si non conveniat, et singulis erit cavendum.* M. Guarneri Citati, *op. cit.*, p. 91, n. 1, croit le texte interpolé à partir de *si inter. Contra*, Ein, *Le azioni dei condomini*, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931, p. 201-203.

3° Enfin, en cas de violation de l'obligation de ne pas faire l'*opus novum*, l'action pouvait être intentée contre un seul : Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 3, 6, 12 : *Urseius ait, cum in communi aedificio vicinus nuntiavit, ne quid*

C'est un nouvel exemple de mesure individuelle à effet général. Deux passages de Paul, établissant cette solution, en donnent la justification (1). La procédure de l'*operis novi nuntiatio* a pour but d'empêcher l'accomplissement d'un fait et, si la défense n'a pas été observée, d'obtenir la remise des lieux en état. Son objet est donc une abstention, ou un fait, et, dans les deux hypothèses, il est indivisible. Il suffit d'interdire à l'un des indivisaires d'*opus facere* et d'obtenir de lui une *cautio* pour pouvoir, si la promesse n'était pas respectée, exiger la destruction du travail accompli (2). De même, cette destruction ne pouvant être faite partiellement (*quamdiu enim aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum*), il suffit d'en poursuivre l'exécution à l'encontre de l'un des copropriétaires (3). L'hypothèse de l'*operis novi nuntiatio* n'est en définitive qu'un cas particulier d'action sanctionnant une obligation de *facere* ou de *non facere*, et l'on peut expliquer son régime, en matière d'indivision, de la même façon que celui de ces obligations (4).

operis fieret, si unus ex sociis ex hac causa damnatus fuisset, posse eam poenam a socio pro parte servare... Si celui qui a été condamné a un recours *pro parte*, c'est qu'il avait dû payer plus que sa part, que la condamnation avait été *in solidum*.

(1) *Supra*, p. 285, n. 1, 2°.

(2) La *cautio* obligeait en effet à *restitui boni viri arbitratu, quod si ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari* (Lenel, *Edictum*, p. 549). Son caractère pécuniaire n'était que secondaire. La promesse principale obligeait à remettre en état. Cela explique la différence de régime entre l'*operis novi nuntiatio* et le *damnum infectum*. Dans ce dernier (*supra*, p. 255) la *cautio* est essentiellement pécuniaire, donc divisible. Aussi n'est-elle fournie que *pro parte*. Ici, au contraire, elle oblige à un fait, est indivisible et par suite est fournie *in solidum* (Cf. Segrè, *La comproprietà*, *Corso*, 1930-1931, p. 142-143).

(3) On devait pouvoir exiger la destruction de l'*opus*, alors même qu'il eût été fait par un autre que le *nuntiatus*; le travail accompli par l'un ne l'était que du consentement de tous (au moins manifesté par l'absence de *prohibitio*) et chacun pouvait en être rendu responsable.

(4) On a vu (*supra*, p. 216) que la *nuntiatio* devait au contraire être faite par tous les propriétaires du fonds auquel nuit l'*opus novum*. Mais nous avons dit que cette opinion d'Ulpien lui était peut-être personnelle ; en tout cas, il ne l'adopte que pour rendre plus certain l'effet de la mesure.

Action « aquae pluviae arcendae » (1). — Les mêmes remarques doivent être faites à l'égard d'une autre procédure, dont l'objet est également la remise des lieux en état : l'action *aquae pluviae arcendae*. Tendant à la destruction de travaux, elle est donnée pour le tout (car son objet ne peut s'accommoder d'une prestation partielle) à l'un des indivisaires (2) auxquels ces travaux causent préjudice (3) ou contre l'un de ceux qui ont fait de pareils travaux (4).

Un point cependant a été contesté : l'action exercée par ou contre l'un des indivisaires l'est-elle *in solidum* ou simplement *pro parte* ? Les textes ne sont pas d'une grande utilité pour le droit classique : les Byzantins, voulant faire triompher la poursuite et la condamnation *pro parte*, les ont largement interpolés sur ce point (5). Il est inutile ici d'en reprendre la démonstration (6). Les Compilateurs ont d'ail-

(1) Cf. Schönbauer, *Die actio aquae pluviae arcendae*, Z. S. St., t. LIV (1934) p. 233-257.

(2) L'action créée pour les propriétaires fut étendue aux usufruitiers et aux fermiers d'*agri vectigales* (Girard, *Manuel*, p. 667, n. 2).

(3) Action donnée à un seul pour le tout. Paul (49 *ad ed.*), D. 39, 3, *de aqua et aquae pluv.*, 11, 4 : *quod si is fundus, cui aqua pluvia nocet, plurium sit, agere quidem vel singulos posse*; cf. § 1 (*infra*, p. 288); Ulpien (53 *ad ed.*), D., *h. t.*, 6, 1, complètement interpolé ; sa solution a été renversée par les Compilateurs (en dernier lieu Guarneri Citati, *op. cit.*, *Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 81 ; Beseler, Z. S. St., t. XLVI (1926), p. 98).

(4) Action donnée contre un seul, Paul (49 *ad ed.*), D., *h. t.*, 11, § 1, 2, 3 (*infra*, n. 6) ; Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 206-209.

(5) Voir déjà Baviera, *La legittimazione passiva nell'actio aquae pluviae arcendae in diritto romano classico, Scr. giur.*, I, 1909, p. 163 sq.; depuis, Guarneri Citati, *op. cit.*, *Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 67-89, 102-103 ; Segré, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 144. *Contra*, Beseler, Z. S. St., t. XLVI (1926), p. 98.

(6) La solution classique apparaît encore dans un texte : Paul (49 *ad ed.*), D. 39, 3, *de aqua et aquae pluv.*, 11, 2 : *Et ex sociis non utique cum eo agendum qui opus fecerit nec minus eum quoque damnum restituere debere, qui auctor operis* (*non*, Mo.) *fuit, apud Ferocem Proculus ait : si cum uno dominorum actum sit, qui opus non fecerit, debere eum opus restituere sua impensa, quia communi dividundo actionem habet*. L'action est dirigée contre un seul, qui doit exécuter (*opus restituere*) pour le tout. Mais la suite du texte est interpolée (Guarneri Citati, *op. cit.*, *Ann. di Palermo*, t. IX (1921),

leurs laissé subsister une solution de Paul impliquant nécessairement l'exercice de l'action *in solidum*. C'est, ainsi qu'on l'a déjà remarqué (1), le passage : « *si unus egerit... ceterorum actionem evanescere : item si cum uno actum sit... ceteros liberari idque, quod sociorum nomine datum sit, per arbitrum communi dividundo reciperari posse* » (2). Si l'exercice de l'action par un seul éteint le droit des autres et si la poursuite dirigée contre un seul libère ses *socii*, à charge d'indemniser celui qui a payé *sociorum nomine*, c'est la preuve que l'action a été intentée *in solidum*, soit contre un seul, soit par un seul.

Enfin, la formule même de l'action *aquae pluviae arcendae*, telle qu'elle résulte de certains de ses commentaires (3), prouve que l'action était à *formula arbitraria* (4) et tendait à la prestation d'un fait : *restituere*. Celui-ci ne pouvait être demandé ou accompli *pro parte*. Le caractère indivisible de l'obligation de faire nécessitait l'accomplissement de l'acte pour le tout, bien qu'il le fut par un seul (5).

p. 80 et les auteurs cités; Beseler, *Z. S. St.*, 1926, p. 98. *Contra*, Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 207-209). De même, Ulpien (53 *ad ed.*), D., *h. t.*, 6, 1 [*sed placuit...* à la fin]; Paul, D., *h. t.*, 11, 3 [*licet opus...* à la fin] et 4 [*sed damni...* à la fin].

(1) Ernst Levy, *Konkurrenz*, t. I, p. 273; Guarneri Citati, *op. cit.*, *Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 66-67.

(2) Paul (49 *ad ed.*), citant Cassius, D. 39, 3, *de aqua et aquae pluv.*, 11, 1.

(3) Lenel, *Edictum*, p. 376 : *...si ea res arbitrio judicis non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam...* En ce sens, Schönbauer, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 248-255.

(4) Sur la différence entre cette expression et celle « d'action arbitraire », May, *Observations sur les actions arbitraires*, *Mélanges Girard*, II, p. 158-159.

(5) Pour les raisons exposées plus haut (*supra*, p. 280, n. 1, et p. 281, n. 2), nous ne croyons pas que, l'action étant intentée pour le tout, la *condemnatio* ait pu être prononcée *pro parte*. Cela est contraire à l'unité de la formule; en outre, la condamnation pécuniaire n'intervenant qu'à défaut d'exécution matérielle, on ne voit pas pourquoi elle ne porterait pas sur l'intérêt total déduit en justice, de même que l'exécution matérielle, *qu'elle ne fait que remplacer*, aurait dû être totale. Aussi, nous ne pouvons accepter les restitutions de D. 39, 3, 6, 3 proposées par M. Beseler (*Z. S. St.*, t. XLVI (1926),

Action noxale. — Un dernier exemple d'actions à objet indivisible nous est offert par l'action noxale. Selon l'analyse traditionnelle (1), le maître est tenu jusqu'au moment de la *litis contestatio* de faire l'abandon de l'esclave (2). C'est une obligation de faire, indivisible (car l'abandon *pro parte*, n'assurant pas à la victime la livraison de l'esclave, ne pourrait lui fournir satisfaction), et pour cette raison l'action est possible pour le tout contre un seul des copropriétaires de l'esclave (3). De même pourra-t-elle être intentée pour le tout par un seul s'il se plaint d'un dommage causé à la chose commune par un esclave étranger (4).

p. 98), qui admet qu'à l'époque classique la condamnation était *pro parte* (Cf. également les hésitations à se rallier à l'opinion de M. Beseler exposées par M. Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 209-211).

(1) Girard, *Manuel*, p. 725; Cuq, *Inst. jur.*, p. 596.

(2) Nous raisonnerons sur cette hypothèse, qui était sans doute la plus fréquente à l'époque classique, bien qu'elle ne fut pas la seule. Cf. pour plus de détail : Segré, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 146-151, et les indications bibliographiques données *ibid.*

(3) Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 15 : *Si unus ex coheredibus noxali judicio servum hereditarium defenderit et litis aestimationem optulerit, [cum hoc expediret,] id pro parte hoc judicio (fam. erc.) consequatur*; (23 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 8, 3; *h. t.*, 15; (39 *ad ed.*), D. 9, 4, *de nox. act.*, 9; (22 *ad ed.*), *h. t.*, 10, 17, *pr.*; (2 *Quaest.*), D. 11, 1, *de interr.*, 20, *pr.*; (19 *ad ed.*), D. 11, 3, *de serv. corr.*, 14, 2; (49 *ad ed.*), D. 39, 3, *de aqua et aquae pluv.*, 11, 3 : *...quemadmodum, cum servi communis nomine noxali judicio cum uno agitur, condemnatio in solidum fiet...*; Ulpien (18 *ad ed.*), D. 9, 1, *si quadrup. paup.*, 1, 14 : *...si commune plurium sit animal, adversus singulos erit in solidum noxalis actio, sicuti in homine* (la finale *sicuti in homine* est suspectée par M. Biondo Biondi, *Act. nox.*, p. 7. Mais l'opinion de cet auteur refusant de voir une action noxale dans l'action contre le maître de l'animal auteur du dommage, critiquée par MM. Heldrich, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 244-245 et de Visscher, *R. H. D.*, 1926, p. 329, a été réfutée par M. Lenel, *Z. S. St.*, t. XLVII (1927), p. 2-17); (3 *ad ed.*), D. 9, 4, *de nox. act.*, 5, *pr.*; (37 *ad ed.*), D., *h. t.*, 8 : *Si servus communis furtum fecerit, quivis ex dominis in solidum noxali judicio tenetur* (la suite du texte est très discutée : Berger, *Teilungsklagen*, p. 169; Guarneri Citati, *Obbl. indiv., Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 80, n. 3; Biondo Biondi, *Act. nox.*, p. 296-297, 321; Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 110; Lenel, *Z. S. St.*, t. XLVII (1927), p. 22).

(4) Ulpien (18 *ad ed.*), D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, 27, 2 : *Item si servus communis meus et tuus sit occisus a servo Titii, Celsus scribit alterum ex domi-*

Il est même vraisemblable que si l'action aboutit, non pas à l'abandon noxal de l'auteur du fait délictueux, mais à l'indemnisation de la victime, celle-ci sera due pour le tout par le copropriétaire poursuivi, de même qu'elle serait versée pour le tout à celui des copropriétaires ayant éprouvés le dommage qui intenterait l'action. On ne peut, en effet, supposer une différence de solution entre le cas où le défendeur fait l'abandon noxal et celui où il préfère se libérer en indemnisant la victime. Il est nécessaire que celle-ci obtienne complète satisfaction par sa première poursuite, car, ayant déduit tout son droit en justice, elle ne pourrait réclamer le surplus dans une nouvelle instance.

II. — L'objet de l'action imposait, par sa nature même, dans les cas énumérés ci-dessus, que chacun des indivisaires agisse pour le tout. Mais dans des hypothèses où cette nécessité n'existait plus, où l'on aurait pu concevoir l'action *pro parte*, la jurisprudence classique reconnut cependant à chacun le droit de figurer au procès pour le tout. Elle se laissa guider par des raisons de simplification pratique et aussi sans doute par l'intérêt des tiers, pour lesquels l'absence de représentant autorisé de l'indivision devait être une gêne sérieuse. Elle institua ainsi un rudiment d'organisation juridique, un semblant de représentation des indivisaires les uns par les autres, dont les principes ne sont ni formulés, ni peut-être dégagés avec précision, mais qui cependant sont à la base des solutions d'espèce. Ce sont quelques exemples de ces efforts qu'il nous reste ici à envisager.

Action « de peculio ». — Un exemple, très net, en est donné par l'action *de peculio*. Encore que la question ait fait l'objet de controverses récentes, il paraît établi que l'action *de peculio* était possible *in solidum* contre l'un quelconque

nis agentem aut litis aestimationem consecuturum pro parte aut noxae dedi ei in solidum oportere, quia haec res divisionem non recipit (Voir les critiques adressées à la forme du texte par M. Biondo Biondi, *op. cit.*, p. 233).

des propriétaires de l'esclave (1). De nombreux textes le disent expressément (2).

Mais si la poursuite est, en principe, possible pour le tout contre l'un des maîtres, une limite à leur obligation résulte du caractère propre de cette action : elle n'est possible que pour le montant du pécule. D'où une nouvelle difficulté en matière d'indivision. Le pécule peut avoir été partagé entre

(1) Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 271-272.

(2) Gaius (9 *ad ed. prov.*), D. 15, 1, *de peculio*, 27, 8 : *Si quis cum servo duorum pluriumve contraxerit permittendum est ei cum quo velit dominorum in solidum experiri : est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit...* Contre l'interpolation de cette finale soutenue par M. Beseler, v. Ernst Levy, *Konkurrenz*, t. I, p. 240, n. 8 et *infra*, p. 294, n. 2. M. Beseler cependant a maintenu son opinion (*Beiträge*, t. IV, p. 278) en disant qu'il n'y avait aucune injustice à obliger le créancier à diviser ses recours et que cela avait bien lieu au cas de partage des dettes entre les héritiers. C'est discuter la valeur doctrinale d'une solution, mais non prouver qu'elle était ignorée de Gaius. Celui-ci justifie l'octroi de l'action *in solidum* en faisant remarquer qu'il serait injuste d'obliger le tiers, qui a contracté avec un seul esclave, à multiplier ses recours contre les divers copropriétaires. Il ne semble pas qu'il ait fallu attendre Justinien pour admettre pareille solution. Et plus loin le texte ajoute que cela ne causera aucun préjudice à celui qui aura payé le tout, puisqu'il aura un recours contre ceux qu'il a ainsi libérés : *Nec tamen res damnosa futura est ei qui condemnatur, cum possit rursus ipse judicio societatis vel communi dividundo quod amplius sua portione solverit a socio sociisve suis consequi* (en ce sens, Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 241); Scaevola (2 *Quaest.*), D., *h. t.*, 51, fait le même raisonnement (la pureté du texte est défendue contre M. Beseler par M. Ernst Levy, *eod.*, p. 242, n. 2); Ulpien (29 *ad ed.*), D., *h. t.*, 11, 9, *i. f.*; 15, *i. f.* (*infra*, p. 293, n. 2); (28 *ad ed.*), D. 14, 3, *de inst. act.*, 13, 2 (où l'on ne voit pas le motif de suscepter la mention de l'action *de peculio*, comme le fait M. Beseler, *Beiträge*, t. IV, 279 et *Z. S. St.*, t. L (1930), p. 49); Julien (12 *Dig.*), D. 10, 3, *C. D.*, 25; Paul (23 *ad ed.*), D., *h. t.*, 8, 4.

Deux textes seuls font allusion à une action *pro parte* : Julien (12 *Dig.*), D. 15, 1, *de peculio*, 14, 1 : *...et de peculio actio... scinditur*; Gaius (9 *ad ed. prov.*), D., *h. t.*, 27, 3 : *Illud quoque placuit, quod et Julianus probat, omnimodo permittendum creditoribus vel in partes cum singulis agere vel cum uno in solidum.* Mais la contradiction de ces textes avec ceux que nous venons de signaler, dont certains émanent des mêmes jurisconsultes, est un sérieux motif d'en contester l'authenticité (V. Guarneri Citati, *Obbl. indiv.*, *Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 73 et les auteurs cités n. 1 et p. 76; Rechnitz, *Julian*, p. 66; Beseler, *Z. S. St.*, t LXVI (1926), p. 94).

les divers copropriétaires, ou bien l'esclave aura reçu de chacun d'eux un pécule distinct. Il ne suffit donc pas de dire que l'action est possible pour le tout contre chacun des maîtres. Il faut, en outre, envisager les conséquences de la division ou de la multiplicité des pécules, lorsque la créance poursuivie contre l'un des copropriétaires dépasse la valeur du pécule qu'il a entre les mains (1). La réponse à cette nouvelle question nous est donnée par un Papyrus de la bibliothèque de Strasbourg, contenant le passage du Livre II des *Disputationes* d'Ulpien (2), qui est devenu au D. la l. 32, *de peculio* (15, 1). Ce texte, fourni par une source pure (3), permet, avec plus de sécurité, de rétablir le régime classique.

Il résulte de ce texte, se référant à la doctrine de Julien, que chacun des copropriétaires ne pouvait être poursuivi au delà de la part de pécule qui lui appartenait. Et comme l'action exercée contre lui libérait tous les autres (4), Ulpien, corrigeant ici la rigueur du droit (5), accorde la *restitutio in integrum* au créancier frustré, afin de lui permettre d'agir également contre ceux-ci.

Un autre passage d'Ulpien affirme également cette limite de la condamnation au montant du pécule (6). Et la confor-

(1) Si elle lui est inférieure, la question ne peut pas se poser. C'est ce qui explique que seuls quelques-uns des textes relatifs à l'action *de peculio* contre l'un des copropriétaires y fassent allusion.

(2) Edité par M. Lenel, *Z. S. St.*, t. XXV (1904), p. 368-374; Girard, *Textes*, p. 494.

(3) Cf. Ernst Levy, *Konkurrenz*, t. I, p. 254, n. 1, qui, avec M. Riccobono, défend le texte contre les critiques d'Eisele et de M. Beseler.

(4) C'est une nouvelle preuve de ce que l'action exercée contre un seul l'était *in solidum*. Sinon, on ne voit pas pourquoi il faudrait recourir à la *restitutio in integrum* pour la permettre contre les autres (Cf. Guarneri Citati, *op. cit.*, p. 72-75).

(5) On considère en général l'octroi de la *R. I. I.* comme une innovation d'Ulpien : Lenel, *Z. S. St.*, t. XXV (1904), p. 369; Erman, *eod.*, p. 354; Solazzi, *Studi Moriani*, t. II, p. 116, n. 3; Girard, *Manuel*, p. 712, n. 2; Appleton, *R. H. D.*, 1927, p. 248, n. 4. *Contra*, Ernst Levy, *Konkurrenz*, t. I, p. 254, qui l'attribue déjà à Julien.

(6) Ulpien (29 *ad ed*.), D. 15, 1, *de peculio*, 30, 1.

mité de sa solution avec celle des fr. de Strasbourg en garantit le caractère classique.

Toutefois, dans certains cas, le défendeur pouvait être poursuivi au delà de sa part dans le pécule. Cela est affirmé nettement par Gaius (1) et semble également résulter d'une décision d'Ulpien (2). L'opposition n'est cependant qu'apparente entre cette solution et celle des fr. de Strasbourg. En effet, la possibilité d'une poursuite pour le tout (et sans doute au delà de la part de pécule de chacun), est justifiée par ce fait que le pécule est un *peculium commune*; cela laisse supposer que celui qui aura payé le tout aura un recours par l'action *communi dividundo*. Cette interprétation est confirmée par le texte de Gaius, qui accorde un *judicium societatis vel communi dividundo* à celui qui aura payé au delà de sa part. C'est donc seulement lorsque le pécule est mis en société ou en indivision (et par suite lorsqu'un recours est ouvert à celui qui a été poursuivi que la condamnation pourra être prononcée pour son intégralité (3).

Actions « exercitoria, institoria, tributoria, quod jussu ». — Ce régime n'était pas particulier à l'action *de peculio*. Nous ne pouvons qu'en signaler rapidement d'autres applications. A propos de l'action *exercitoria*, Gaius en justifie l'existence par les raisons qu'il faisait déjà valoir à propos de l'action *de*

(1) (9 *ad ed. prov.*), D. 15, 1, *de peculio*, 27, 8 (*supra*, p. 291, n. 2).

(2) (29 *ad ed.*), D., *h. t.*, 15 : *...idem dicetur interdum et in sociis, si forte separata apud se peculia habeant, ut alter alterius peculii nomine non conveniatur : ceterum si commune sit peculium, et in solidum convenientur et deducetur quod utrique debetur.*

(3) En ce sens, Buckland, *The roman law of Slavery*, p. 379 ; Ernst Levy, *Konkurrenz*, t. I, p. 241 sq. *Contra*, Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 270-290, qui croit à l'interpolation de la loi 15 et qui déclare que chaque copropriétaire pouvait toujours être poursuivi pour l'intégralité des pécules concédés à l'esclave. Cela est en opposition avec la solution des fr. de Strasbourg, dont l'auteur ne fait pas état. Les deux textes qu'il invoque en faveur de son opinion ne sont pas probants. La loi 12 (*h. t.*) n'est qu'une incidente séparée de son contexte ; la loi 27, 8 suppose un *peculium commune* (*supra*).

peculio (1). Il serait injuste, dit-il, d'obliger celui qui a traité avec un seul à partager sa poursuite entre plusieurs (2), et par ailleurs cette poursuite contre un seul, *in solidum*, est sans inconvénient, alors qu'un recours lui est donné contre ses *socii* (3).

De même, l'action *institoria* est-elle possible pour le tout contre chacun des maîtres (4). Et Paul légitime cette solution en signalant le recours de celui qui a payé par les actions *pro socio* ou *communi dividundo* (5).

Enfin, en matière d'action *tributoria* ou d'action *quod jussu*, Paul (6) et Ulpien (7) reproduisent la même règle.

Vente d'esclaves. — Une solution analogue, bien que dans un domaine en apparence tout à fait différent, avait été admise, au témoignage de Paul, par la jurisprudence des édiles. Ceux-ci avaient autorisé l'acheteur à intenter les actions édiliciennes contre celui des vendeurs d'esclaves *cujus maxima pars in venditione fuerit* (8). Cette dérogation au droit

(1) Ulpien (28 *ad ed.*), Gaius (9 *ad ed. prov.*), Paul (29 *ad ed.*), D. 14, 1, *de exerc. act.*, 1, 25, 2, 3; Ulpien (29 *ad ed.*), D., *h. t.*, 4, 2.

(2) Gaius donne cette justification dans deux passages du même livre (9 *ad ed. prov.*). Il est donc plus vraisemblable d'y voir une idée, sur laquelle il insiste particulièrement, plutôt qu'une adjonction de Compilateurs formulée en termes identiques dans deux fragments séparés l'un de l'autre au Digeste.

(3) Sur l'exercice du commerce maritime en indivision : Valeri, *Plures exercitores* (*Riv. dir. comm.*, t. XXI (1923), p. 14-55), qui souligne la plus grande fréquence de l'indivision que de la société en cette matière. Cette gestion peut revêtir deux formes : l'un des copropriétaires exerce seul le commerce ou y prépose un *servus communis*.

(4) Ulpien (28 *ad ed.*), D. 14, 3, *de inst. act.*, 13, 2.

(5) Paul (4 *ad Plautium*), D., *h. t.*, 14 (*infra*, p. 296, n. 1) ; Berger, *Teilungsklagen*, p. 178-179; Ernst Levy, *Konkurrenz*, t. I, p. 269-270.

(6) (44 *ad Plautium*), D. 15, 4, *quod jussu*, 5, 1.

(7) (29 *ad ed.*), D. 14, 4, *de trib. act.*, 3, *pr.*

(8) Paul (2 *ad ed. aed. cur.*), D. 21, 1, *de aedil. ed.*, 44, 1 : *Proponitur actio ex hoc edicto in eum cujus maxima pars in venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere : aequum enim aedilibus visum est vel in unum ex his, cujus major pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere,*

commun (1) leur avait paru équitable pour éviter à l'acheteur l'obligation d'intenter des actions multiples. Elle ne devait pas d'ailleurs causer grand préjudice aux marchands d'esclaves, qui en général formaient une espèce de société et avaient pu se ménager des recours les uns contre les autres (2).

Toutes ces actions ont pour trait commun d'avoir été créées pour faire face aux nécessités de la vie commerciale, et leur principal champ d'application fut celui des rapports d'affaires. En cette matière, les préoccupations de bonne foi, de simplicité, de rapidité ont une importance qui a été bien souvent soulignée (3). Ce sont ces facteurs, dont l'influence est moindre dans les rapports ordinaires de la vie civile, qui ont ici guidé la jurisprudence classique. Il n'y a pas là qu'une simple hypothèse : Gaius, à deux reprises, insiste sur l'iniquité d'obliger le créancier à diviser sa poursuite entre les indivisaires (4). Ce serait, en effet, lui imposer des actions multiples, donc des frais et des retards, alors qu'on l'avait incité à contracter d'une façon simple par l'utilisation du *servus communis*. Il y aurait là une source de difficultés et de lenteurs, peu compatibles avec les nécessités du commerce et témoignant d'une certaine mauvaise foi des préposants. Tel est le motif qui légitime des solutions surprenantes, si l'on se limitait aux conséquences purement logiques de la notion d'indivision.

ne cogeretur emptor cum multis litigare, quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt : nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est.

(1) M. Lenel, *Edictum*, p. 563, y voit un édit spécial *adversus venaliciarios*.

(2) Le texte ajoute que ces marchands étaient peu dignes d'intérêt, car ils étaient peu scrupuleux et préoccupés seulement de gain.

(3) Huvelin, *Etudes d'histoire du droit commercial romain*, publiées par H. Lévy-Bruhl, p. 82-84, signale en particulier la solidarité présumée par la loi pour les institutions de droit commercial (*argentarii, institores, magistri navium*) et indique certaines simplifications procédurales introduites pour accélérer la marche des procès.

(4) *Supra*, p. 291, n. 2, et 294, n. 2; également Paul, D. 21, 1, *de aedil. ed.*, 44, 1 (*supra*, p. 294, n. 8).

Mais ce qui a permis à la jurisprudence classique d'admettre ces solutions, c'est que, tout en étant favorables aux rapports de l'indivision avec l'extérieur, elles ne risquaient pas de léser les indivisaires eux-mêmes. Celui qui était poursuivi avait un recours contre ses co-indivisaires, s'il était obligé d'exécuter au delà de sa part. Ceux dont il devenait ainsi, *en fait*, le représentant, avaient également le leur, s'il défendait mal leurs intérêts. Aussi les textes lient-ils étroitement le droit d'agir pour le tout contre un seul à l'existence d'une action en recours, et ils vont jusqu'à le refuser au cas où cette action fait défaut (1).

On a pu contester que l'existence de ce recours ait été le fondement même de ces solutions. Il aurait en effet validé tout acte *in solidum* accompli par un indivisaire. Or, la jurisprudence classique n'alla pas jusque-là (2). Mais il n'en reste pas moins que ce recours apparaît comme une condition nécessaire (sinon suffisante) pour autoriser une action pour le tout (3). Le lien mis par les textes entre ces deux notions ne peut laisser aucun doute à cet égard (4). L'organisation interne des rapports entre indivisaires fut, du point de vue de la technique juridique, la base sur laquelle les jurisconsultes classiques purent édifier une organisation envers l'extérieur. C'était une nécessité logique, qui ne doit pas surprendre, car on voit mal comment cette œuvre eut été

(1) Paul (4 *ad Plautium*), D. 14, 3, *de inst. act.*, 14 : ...*Certe ubicumque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque pro parte sua condemnari oportere constat.*

(2) Berger, *Teilungsklagen*, p. 175.

(3) Ernst Levy, *Konkurrenz*, t. I, p. 243, n. 4.

(4) Gaius, D. 15, 1, *de peculio*, 27, 8 (*supra*, p. 291, n. 2); Ulpien, D. 14, 3, *de inst. act.*, 13, 2 (*supra*, p. 294, n. 4); Paul, D. 10, 3, *C. D.*, 8, 4; D. 14, 1, *de exerc. act.*, 3 (*supra*, p. 294, n. 1); D. 14, 3, *de inst. act.*, 14 (*supra*, n. 1); D. 21, 1, *de aedil. ed.*, 44, 1 (*supra*, p. 294, n. 8). A l'inverse, de nombreux textes repoussent l'action *in solidum* là où il ne peut y avoir de recours faute de société ou d'indivision entre les débiteurs : Ulpien (29 *ad ed.*), D. 15, 1, *de peculio*, 13 (acheteur et vendeur, usufruitier et propriétaire *et ceteris qui non sunt socii*); *h. t.*, 15; cf. un raisonnement analogue chez Julien (12 *Dig.*), D., *h. t.*, 37, 2.

possible si l'indivision s'était présentée à eux comme un groupe anarchique sans unité interne (1).

Il est inutile de multiplier ces exemples à l'infini; ils suffisent à rendre compte de la variété des solutions adoptées pour assurer l'administration (2) des biens communs. L'examen de divers actes a montré comment le caractère propre de chacun d'eux avait été déterminant. Il est d'ailleurs remarquable que la question des pouvoirs des indivisaires n'ait fait, de la part de la doctrine classique, l'objet d'aucun exposé d'ensemble : nous avons dû, pour nous en faire une idée, rechercher les solutions données à propos des divers actes. Semblable méthode ne pouvait pas conduire les jurisconsultes classiques à dégager des principes dominants en matière d'indivision. Celle-ci apparaît comme un cas particulier à propos de chaque question, jamais à titre principal. Aussi serait-il imprudent d'entreprendre ce que nos sources ne font pas: une construction d'ensemble des pouvoirs des indivisaires. S'y hasarder serait s'exposer à trahir leur pensée ou à ruiner les règles par le nombre des exceptions.

Mais il est un principe, qui se retrouve à travers toutes les solutions : c'est la possibilité de demander raison au co-indivisaire de l'acte qu'il a accompli. C'est la question des rapports des indivisaires entre eux et des règlements auxquels donnent lieu l'indivision qui est ainsi posée. Avant d'en entreprendre l'étude, il faut examiner les deux principales actions qui serviront à la résoudre : les actions en partage.

(1) Il est très vraisemblable que le régime des sociétés servit ici de modèle. C'était pour elles qu'une organisation adaptée aux besoins du commerce était la plus nécessaire. La mention de l'action *pro socio* à côté de l'action *C. D.*, dans les textes cités *supra*, p. 296, n. 4, est le signe manifeste de rapprochements faits par les jurisconsultes entre les deux institutions (Cf. pour la société, Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 232-247).

(2) Il faut entendre le mot au sens le plus large et non pas à celui communément donné au terme d'acte d'administration.

CHAPITRE V

LES ACTIONS SANCTIONNANT L'INDIVISION

Nous ne voulons pas présenter ici un exposé d'ensemble des actions qui sanctionnent l'indivision : l'action *familiae erciscundae* et l'action *communi dividundo*. Des travaux antérieurs ont abouti sur ce point à des résultats que l'on peut tenir pour définitifs dans l'état actuel de nos sources (1).

Il suffira, dans une première section, de signaler quelques points particuliers relatifs à la technique même de ces actions, dont le rappel permettra de mieux rendre compte des règlements entre les indivisaires (2).

(1) C'est en premier lieu la reconstitution et l'analyse de la formule des actions par Lenel, *Edictum*, §§ 80-81, p. 206-211. Ce sont en outre les nombreux travaux consacrés aux actions en partage qui traitent plus spécialement des questions procédurales. Parmi les principaux : Audibert, *L'évolution de la formule des actions F. E. et C. D.* (Extr. des *Mélanges Appleton*, 1903); *Nouvelle étude sur la formule des actions F. E. et C. D.* (*N. R. H. D.*, 1904, p. 273-305, 401-439, 649-697); Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen*, 1912 (avec les *C. R.* de Fehr, *Z. S. St.*, t. XXXIII (1912), p. 576-582; Biondo Biondi, *B. Ist. D. R.*, t. XXV (1912), p. 267-272; Audibert, *N. R. H. D.*, 1914, p. 642-650; Kübler, *Krit. Vierteljahrsschrift*, 1914, p. 37-46); Arangio-Ruiz, *Appunti sui giudizii divisorii*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. LII (1913), p. 223-242; Biondo Biondi, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, 1913 (*C. R.* Heldrich, *Z. S. St.*, 1926, p. 424-433); Albertario, *Lo svolgimento storico dell' actio C. D. in rapporto alla legittimazione processuale* (*Stud. di Pavia*, t. II (1913), p. 73-104); Frezza, *Actio C. D.* (*Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 3-141).

(2) Nous n'envisagerons ici que la procédure formulaire, encore que la procédure des actions de la loi ait pu être employée au début de la période que nous considérons.

Puis, dans une seconde section, nous envisagerons quel put être, au cours de l'époque classique, le complément apporté par d'autres actions au règlement des rapports d'indivision.

SECTION I

Caractères généraux des actions « familiae erciscundae » et « communi dividundo ».

1 (1). — Le premier d'entre eux concerne la situation des parties à l'action (2).

(1) Rappelons quelques particularités concernant la compétence des magistrats. Les actions en partage, pouvant être intentées par plusieurs personnes à la fois, celle-ci devait-elle être fixée d'après l'intérêt de chacune au procès (sa part de copropriété) ou d'après la valeur totale de la chose à partager? Ofilius et Proculus avaient adopté la première solution. Mais Cassius préférait la seconde, et il rallia à son opinion le successeur de Proculus, Pegasus. Cette seconde théorie finit par l'emporter : Gaius (1 *ad ed. prov.*), D. 2, 1, *de jurid.*, 11, 2 : *Si una actio communis sit plurium personarum, veluti familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum, utrum singulae partes spectandae sunt circa jurisdictionem ejus qui cognoscit, quod Ofilio et Proculo placet, quia unusquisque de parte sua litigat : an potius tota res, quia et tota res in judicium venit et vel uni adjudicari potest, quod Cassio et Pegaso placet : et sane eorum sententia probabilis est.* MM. Beseler (*Beïtrage*, III, p. 44) et Krüger (*Dig.*) suspectent les passages *circa... cognoscit* et *et sane...* à la fin. Le premier passage n'a pas grande importance. Mais pour le second, si on laisse de côté les arguments de forme, qui ne peuvent à eux seuls prouver qu'un rajeunissement du texte, rien ne fait obstacle à ce que Gaius ait adopté l'opinion du plus fameux de ses *praeceptores* sabiniens, sur laquelle Pegasus avait fait l'accord des deux écoles en rejetant la doctrine de son prédécesseur.

Cette fixation du taux du litige servait à départager la compétence entre les magistrats municipaux et ceux de Rome (Mommsen, *Droit public*, t. VI, 2, p. 468). C'est à cette question que se rattache le texte de Gaius (Mommsen, *eod.*, n. 4; Lenel, *Edictum*, p. 55, n. 4). D'après la *lex Rubria de Gallia Cisalpina* (Ch. 21, *i. f.*), les magistrats municipaux n'étaient, en principe, compétents que jusqu'à 15.000 sesterces. Mais le taux dut varier avec les lieux et les époques (Mommsen, *eod.*). Lorsqu'ils étaient incompétents, ils ne pouvaient qu'obliger le défendeur à donner sûreté (*vadimonium*) de sa comparution à Rome dans un certain délai (*lex Rubria*, *eod.*).

Le chapitre 23 de cette loi concernait plus spécialement les actions en par-

(2) **Voir la note page suivante.**

Julien (1), Paul (2) et Ulpien (3) déclarent que les parties en présence tiennent à la fois les rôles de demandeur et de défendeur. Les actions en partage sont des actions doubles.

Ce caractère les a fait parfois rapprocher d'autres voies de droit, qui présentent une particularité analogue. C'est ainsi que dans le *sacramentum in rem* (4) et dans les interdits *uti possidetis* et *utrubi* (5) les deux parties se présentent toutes deux comme demandeurs.

C'est là une analogie qu'il ne faut pas exagérer. Dans ces procédures, les parties affirment toutes deux avoir la pro-

tage. Le texte ne nous en est malheureusement parvenu qu'incomplet. Des hypothèses faites à son sujet (Mommsen, *Gesammlte Schriften*, I, p. 169; Lenel, *Z. S. St.*, t. II (1881), p. 42; Girard, *Mélanges*, t. I, p. 197, n. 3), celle de Mommsen est la plus séduisante : elle suppose que le texte fixait la compétence (d'après le lieu du bien à partager ?) lorsque les deux parties habitaient des lieux différents, car toutes deux étant à la fois demandeurs on ne pouvait leur appliquer la règle : *actor sequitur forum rei.*

(2) Le demandeur à l'action *F. E.* n'a pas besoin de posséder des biens héréditaires, mais l'action n'est possible qu'entre cohéritiers : Gaius (7 *ad ed. prov.*), D. 10, 2, *F. E.*, 1, 1 : *Quae quidem actio nihilo minus ei quoque ipso jure competit, qui suam partem non possidet : sed si is qui possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem « si in ea re, qua de agitur, praejudicium hereditati non fiat » ; quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio : quo fit, ut eo casu ipse judex, apud quem hoc judicium agitur, cognoscat, an coheres sit : nisi enim coheres sit, neque adjudicari quicquan ei oportet neque adversarius ei condemnandus est.* Cf. Gaius, IV, 42; Paul (23 *ad ed.*), D., *h. t.*, 25, 2; (2 *Quaest.*), *h. t.*, 36; Ulpien, *Reg.*, 19, 16. Aussi, le fait d'intenter l'action implique que l'on reconnaît son adversaire pour cohéritier : Scaevola (12 *Quaest.*), D., *h. t.*, 37. Sur la correction du texte de la Florentine par les Basiliques, Berger, *Teilungsklagen*, p. 13, n. 4.

(1) (51 *Dig.*), D. 10, 1, *fin. regund.*, 10 : *Judicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, ut in eo singulae personae duplex jus habeant agentis et ejus quocum agitur.*

(2) (6 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 44, 4 : *Qui familiae erciscundae et communi dividundo et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei...*

(3) (19 *ad ed.*), D., *h. t.*, 2, 3 : *In familiae erciscundae judicio, unusquisque heredum et rei et actoris partes sustinet.* Cf. (4 *ad ed. praet.*), D. 44, 7, *de oblig. et act.*, 37, 1; (8 *ad ed.*), D. 3, 3, *de procur.*, 15, 1.

(4) Gaius, IV, 16. Aussi Ihering écrivait-il (*Esprit du Droit romain*, t. IV, p. 98) que les actions en partage y trouvaient leur « type et leur pendant ».

(5) Gaius, IV, 160.

priété ou la possession de la chose litigieuse; au contraire, dans les actions en partage, on peut distinguer un demandeur et un défendeur (1). Mais l'attribution des rôles est sans importance, et elle est abandonnée à l'arbitraire, sinon au hasard (2). L'action ne tend pas à reconnaître un droit dont les deux parties se prétendent à la fois titulaires. Elle a pour but la cessation de l'indivision, la transformation de la copropriété indivise en des parts matériellement distinctes, dont chacun sera le maître exclusif (3). Ce résultat ne peut être obtenu qu'en traitant de façon identique chaque partie : en attribuant à chacune la part qui lui revient, en compensant les inégalités par des soultes, accessoirement en obligeant à des indemnisations réciproques pour régler les faits de gestion (4). C'est en ce sens qu'on peut les tenir pour demandeur et défendeur, alors que dans le *sacramentum* ou les interdits doubles aucune partie ne jouait le rôle de défendeur.

D'autres actions pouvaient également aboutir à des condamnations réciproques des diverses parties en cause. Il en

(1) Gaius (7 *ad ed. prov.*), D. 5, 1, *de judic.*, 13 = 10, 3, *C. D.*, 2, 1 : *In tribus istis* (*duplicibus*, D. 10, 3, 2, 1) *judiciis familiae erciscundae, communi dividundo et* (omis, *eod*) *finium regundorum quaeritur, quis actor intellegatur, quia par causa omnium videtur : sed magis placuit eum videri actorem, qui ad judicium provocasset.*

(2) Ulpien (2 *Disp.*), D. 5, 1, 14 : *Sed cum ambo ad judicium provocant, sorte res discerni solet* (selon M. Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 271, le texte serait interpolé).

(3) On discute pour savoir s'il y a là un acte de juridiction gracieuse ou contentieuse (Frezza, *op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 4). Cette distinction, importante dans nos conceptions modernes, est tardive en droit romain (Girard, *Org. jud.*, p. 173, n. 1).

L'existence d'un partage amiable laisse à penser que l'on ne recourait au partage judiciaire qu'en présence d'un différend, dont l'arbitre devait donner la solution par voie contentieuse. Les textes romains ne signalent pas l'exercice de l'action pour constater un accord antérieur (Cf. *infra*, p. 388).

(4) Julien (2 *ad Urseium Ferocem*), D. 10, 2, *F. E.*, 52, 2 : *Arbiter familiae erciscundae inter me et te sumptus quaedam mihi, quaedam tibi adjudicare volebat, pro his rebus alterum alteri condamnandos esse intellegebat...*; Gaius (1 *ad ed. prov.*), D. 2, 1, *de jurid.*, 11, 2 (*supra*, p. 299, n. 1) : *...vel uni adjudicari potest.*

était ainsi au cas de *mutuae petitiones* portées devant le même juge. Mais, ce qui est propre aux actions en partage (1), c'est la possibilité d'obtenir ce résultat par l'emploi d'une formule unique (2).

L'emploi d'une seule formule n'était pas imposé par l'obligation de prononcer des condamnations réciproques contre les différentes parties. Ces condamnations existaient dans l'action *pro socio*, qui n'était cependant pas un *judicium duplex*. Les règles de la compensation ou des *mutuae petitiones* auraient suffi à en assurer le règlement. C'est la nécessité de permettre au juge d'adjuger des fractions des biens indivis aux diverses parties qui fit donner aux actions en partage le caractère de *judicia duplicia*. Et c'est pourquoi l'action *finium regundorum*, qui, comme les actions sanctionnant l'indivision, comporte une *adjudicatio*, est rangée avec elles dans cette catégorie. L'adjudication suppose, en effet, l'attribution de telle fraction à l'un, alors qu'on le prive de telle autre. Si elle rend absolue sa propriété sur une partie du bien indivis, elle fait disparaître le droit qu'il avait sur l'ensemble, et dans cette mesure elle lui cause une perte. Enfin elle peut être complétée par des condamnations et des soultes. Ces opérations n'étaient possibles au juge que si une seule formule lui per-

(1) Un système analogue avait été proposé par Partsch (*Studien zur negotiorum gestio*, t. I, p. 47-61) en matière d'*actio tutelae*, qui, en droit classique, aurait permis au tuteur de faire valoir ses créances en vertu de la formule donnée contre lui au pupille (*contra*, Lenel, *Edictum*, p. 318-319) et par M. Biondo Biondi (*Judicia bonae fidei, Ann... di Palermo*, t. VII (1918), p. 61-86) pour les actions de mandat et de gestion d'affaires (*contra*, Lenel, *op. cit.*, p. 296).

(2) Audibert, *Mélanges Appleton*, p. 10; *N. R. H. D.*, 1904, p. 402-403; Girard, *Manuel*, p. 669, n. 3; Lenel, *Edictum*, p. 208; *contra*, Accarias, *Droit romain*, t. II, p. 760. La mention du nom d'une partie dans l'*adjudicatio* (*Judex Titio adjudicato*, Gaius, IV, 42) n'est pas certaine; elle peut n'être que le début d'une énumération. Quant au texte de Quintilien (*Inst. Orat.*, III, 10) déclarant qu'il faut autant de formules que de parties pour les *hereditariae lites*, il concerne la pétition d'hérédité et non l'action *F. E.* Gaius distingue bien (1 *ad ed. prov.*), D. 2, 1, 11, du cas de *mutuae petitiones* (§ 1) celui des actions en partage (§ 2), et Paul affirme (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 27, l'unité de *judicium*, donc de formule.

mettait de considérer tour à tour chaque indivisaire comme demandeur ou comme défendeur (1).

2. — Le caractère spécial des actions en partage apparaît encore davantage lorsque l'on examine leur nature même et la qualité du juge à qui elles étaient renvoyées. Ce sont des *jurgia*, dont la solution est confiée à un *arbiter*.

Leur objet n'est pas de faire reconnaître en justice une prétention contestée par l'une des parties (2), mais de substituer une situation juridique à une autre. A l'indivision, elles font succéder des droits autonomes. Elles ne supposent pas l'existence d'un conflit entre deux prétentions rivales. Le droit au partage peut être reconnu par tous et l'accord exister quant à l'opportunité de le mettre en œuvre. La réalisation pratique seule incite à recourir à un tiers, soit que l'on ne puisse s'entendre sur les parts à donner à chacun, soit même qu'avant tout conflit on préfère s'en remettre à la décision de la justice.

Ce caractère particulier de certaines actions avait dû, à l'époque ancienne, se marquer dans l'opposition des *lites* et des *jurgia*, dont certains textes classiques conservent le souvenir (3). La plus claire définition est donnée par Nonius Marcellus citant Cicéron :

Jurgium levior res est, siquidem inter benivolos aut propinquos dissensio vel concertatio jurgium dicitur ; inter inimicos dissensio lis appellatur. M. Tullius de rep. l. IIII : « admiror

(1) Cela ne signifie pas, comme le croyait Audibert (*N. R. H. D.*, 1904, p. 404-407), que le caractère de *judicium duplex* ne concerne que l'adjudication et soit inapplicable aux règlements pour faits de gestion. Cela n'était explicable que dans la doctrine de cet auteur, aujourd'hui abandonnée (*infra*, p. 316, n. 1), selon laquelle la formule classique des actions en partage, fusion de deux formules distinctes, l'une pour le partage, l'autre pour les *praestationes*, aurait conservé de cette dualité la présence de deux *intentiones*. Le *judicium* est *duplex* pour les *praestationes* comme pour l'*adjudicatio*, mais il l'est à raison de l'*adjudicatio*.

(2) *Supra*, p. 301.

(3) Voir leur liste dans Girard, *Org. jud.*, p. 95, n. 5, et, sur les *Jurgia*, Cuq, *ad h. v°*, *Dict. des antiquités* de Darembert et Saglio.

nec rerum solum sed verborum etiam elegantiam : « si jurgant », inquit; benevolorum concertatio, non lis inimicorum, jurgium dicitur ». Et in sequenti : « jurgare igitur lex putat inter se vicinos, non litigare » (1).

Le *jurgium* apparaît comme une action intentée entre personnes s'y soumettant de bon gré (*inter benivolos*), parents (*inter propinquos* = action *familiae erciscundae*?) ou voisins (*vicinos* = action *finium regundorum* ou *communi dividundo*?). Au contraire, la *lis* suppose un conflit (*inter inimicos*). Sans doute les deux termes n'avaient plus à l'époque classique un sens aussi nettement opposé (2), et Cicéron, qui cependant les emploie tous deux (3), laisse apparaître cette confusion (4). Mais leur existence seule suffirait à prouver celle de deux notions originairement distinctes.

Ce même caractère de procédure amiable et familiale incita à en confier le règlement à un *arbiter*, et non à un *judex* (5). L'arbitre jouit d'une plus grande liberté d'appréciation que le juge, astreint à statuer d'après la loi stricte. Et Sénèque, qui oppose le plus nettement les deux notions, dit que sa sentence est dictée par l'*humanitas* et la *misericordia* (6). Mais, ce qui

(1) Bruns, *Fontes*, II, p. 66-67.

(2) Varron, *L. l.*, 7, 93 : *Jurgio, id est litibus. Jurgium* se retrouve trois fois au Dig. dans des passages de Papinien : une fois, il désigne l'action *F. E.* (D. 10, 2, *F. E.*, 57), et deux fois la brouille entre époux (D. 23, 3, *de jur. dot.*, 31; 23, 4, *de pactis dot.*, 27). Son emploi plus fréquent au C. J. (2, 6, 6, 4; 2, 12, 23; 3, 28, 35, 1; 3, 39, 5; 6, 2, 22, 4 *b*) témoigne d'une affectation à employer un terme vieilli, plutôt que du souci de la précision juridique.

(3) *De Leg.*, 2, 12, 29.

(4) *Pro Murena*, 12, 27 : *...homines tam ingeniosos... statuere non potuisse utrum diem tertium an perendinum, judicem an arbitrium, rem an litem dici oporteret.*

(5) Un fragment de Sénèque (fr. 90, éd. Haase) montre le lien entre les deux idées : *familiare jurgium non judicem sed arbitrum requirit.* Mais on ne peut affirmer l'identité des *arbitria* et de *jurgia* (Girard, *Org. jud.*, p. 95, n. 1, et, dans un sens plus affirmatif en faveur de l'identité, Cuq, *Inst. jur.*, p. 807).

(6) Sénèque, *De benef.*, 3, 7, 5 : *Illum (judicem) formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit, hujus libera et nullis adstricta*

nous intéresse davantage, c'est la faculté laissée à l'arbitre de régler au mieux la situation des parties sans être lié par des principes purement juridiques. Les rapports soumis à sa décision sont le plus souvent assez simples en droit, mais exigent en fait des règlements compliqués, auxquels on ne peut aboutir qu'en jouissant d'une grande liberté. Aussi est-ce sur cette liberté que les textes insistent spécialement (1). La complexité de tout régime d'indivision devait faire confier son règlement à un arbitre. Dès les XII Tables, l'action *familiae erciscundae* (2) était, à côté de l'action en bornage (3), et de l'attribution des *vindiciae* (4), remise à un arbitre (5).

vinculis religio et detrahere aliquid potest et adicere et sententiam suam non prout lex aut justitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia impulit, regere. L'étymologie *ad bitare* (aller), selon laquelle l'arbitre aurait été à l'origine un juge, qui va sur les lieux du litige, statuant selon les règles de son art (ce serait le plus souvent un *mensor*) et non d'après le droit, d'où son large pouvoir d'appréciation, est assez suspecte (Ernout et Meillet, *Dict. étym.*, v° *Arbiter*).

(1) Cicéron, *pro Roscio Comoedo*, 4, 10 : *Judicium est pecuniae certae, arbitrium incertae; ...ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil neque tantum, quantum postulavimus, consequamur...*; 4, 11 : *...quid in arbitrio? Mite, moderatum : quantum aequius et melius sit dari.* 12 : *Eundemne tu arbitrum et judicem sumebas? eidem et infinitam largitionem remittebas...? quis unquam ad arbitrum, quantum petit, tantum abstulit? Nemo : Quantum enim aequius esset sibi dari petiit.* Sénèque, *de benef.*, 3, 7, 5, *supra*, p. 304, n. 6. Festus, v° *Arbiter* (dans Paul Diacre, 15) : *Arbiter dicitur judex, quod totius rei habeat arbitrium, et facultatem.*

(2) Nous savons que l'action remonte aux XII Tables (*supra*, p. 22) et de nombreux textes la montrent confiée à un arbitre. Cicéron, *pro Caecina*, 7, 19; D. 10, 2, 20, *pr.*; *h. t.*, 30; *h. t.*, 47, *pr.*; *h. t.*, 51, *pr.*; *h. t.*, 52, 2; 10, 3, 19, 4; 28, 5, 79, *pr.*

(3) XII Tables, VII, 5 *b* (Cicéron, *de Leg.*, I, 21).

(4) *Eod.*, XII, 3 (Festus, v° *Vindiciae*).

(5) L'opinion autrefois soutenue par Cuq (*Inst. jur.*, 1re éd., t. I, p. 289), selon laquelle il y aurait eu trois arbitres, au moins jusqu'à la fin de la République, n'a pas été reprise par cet auteur (*Inst. jur.*, 2e éd., p. 808). En faveur de l'arbitre unique, Wlassak, *Processgesetze*, t. II, p. 293; Girard, *Org. jurid.*, p. 82-83. On ne rencontre trois arbitres que pour les *vindiciae* (XII Tables, XII, 3) et la *controversia de finibus* (*eod.*, VII, 5). La loi *Mamilia* (Cicéron, *de Leg.*, 1, 21, 55) institue un arbitre; Cicéron (*pro Roscio Comoedo*, 4, 11-13) ne parle que d'un arbitre. De même Scaevola (1 *Resp.*), D. 20, 5, *de distr. pign.*, 11 (il faut corriger d'après ce texte la l. 14, *h. t.*).

Quand l'action *communi dividundo* fut créée (1), elle fut soumise à la même juridiction (2).

Ce caractère particulier suffit à rendre compte de l'indépendance avec laquelle l'arbitre opérait le partage et les règlements qui s'y adjoignaient. Il se traduira dans la formule des actions par l'insertion des mots : « *quantum adjudicari oportet* », « *quidquid... praestare oportet* », laissant à l'arbitre une grande liberté d'appréciation. Point n'est besoin de supposer que les actions en partage aient été, dès l'époque classique, des actions de bonne foi (3). Sans doute, un lien existe-t-il entre les notions d'*arbitria* et d'actions de bonne foi, et plusieurs de celles-ci furent confiées à un arbitre (4).

(1) D. 10, 2, *F. E.*, 30; 10, 3, *C. D.* 6, 8; *h. t.*, 19, 1; 33, 2, 31. Le texte de Vitruve (II, 8), parlant d'*arbitri communium parietum*, ne concerne sans doute pas l'action *C. D.*, mais une estimation du mur mitoyen. L'action ne peut à cette époque servir à régler des rapports d'indivision sans tendre en même temps au partage (*infra*, sect. II).

(2) L'opposition du *judex* et de l'*arbiter* se retrouve dans d'autres textes, par ex. XII Tables, II, 2; IX, 3 (Aulu-Gelle, *N. A.*, 20, 1, 7); *lex Julia de repetundis* de 695 (Macer, 1 *Judic. publ.*, D. 48, 11, *de lege Julia repet.*, 7, *pr.*); Valerius Probus, 4, 8; Festus, v° *Taxat* (356). Mais elle n'est pas toujours respectée, car *judex* a un sens générique où peut être compris l'*arbiter* : Cicéron, *de off.*, 3, 16, 66; 3, 17, 70; Gaius, IV, 12, 20; Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 1, *Fin. reg.*, 2, 1 (Cf. Wlassak, *Processgesetze*, t. II, p. 287).

(3) En ce sens, Cuq, *Inst. jur.*, p. 551, n. 5 (qui abandonne l'opinion soutenue dans la 1re éd., t. II, p. 513, n. 1); Appleton, *Mélanges Fitting*, t. I, p. 22, n. 1; Biondo Biondi, *Judicia b. f.*, *Ann... di Palermo*, t. VII, (1918), p. 218-231; Lenel (modifiant son opinion antérieure), *Edictum*, p. 208; Audibert (*N. R. H. D.*, 1904, p. 410-439), tout en reconnaissant le caractère byzantin de la bonne foi pour le partage, croyait que l'*intentio* relative aux *praestationes* avait la clause *ex fide bona*. Cette opinion ne peut être maintenue en présence de l'unité de formule, aujourd'hui communément reconnue, et les arguments développés en faveur du caractère byzantin de la mention de la bonne foi valent pour l'action tout entière. L'auteur l'avait d'ailleurs abandonnée à la suite de l'ouvrage de M. Berger (*N. R. H. D.*, 1914, p. 649). M. Arangio-Ruiz (*Appunti*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. LII (1913), p. 238-239) croit cependant que l'action *C. D.* fut de bonne foi dès l'époque classique, parce qu'elle fut créée, non par les XII Tables, mais « dalla consuetudine attraverso l'imperium del magistrato ». Cette explication, qui n'eût pas été pleinement convaincante autrefois, ne peut être retenue depuis que nous savons que l'action *C. D.* fut introduite, elle aussi, par une loi et dès le temps des *Legis actiones* (*P. S. I.*, n° *1182*, l. 198-200).

(4) May, *Observations sur les actions arbitraires* (*Mélanges Girard*, t. II,

Mais les actions en partage ne figurent pas dans les listes classiques d'actions de bonne foi (1), et diverses solutions ne peuvent s'expliquer qu'en leur refusant ce caractère. C'est ainsi qu'il eut été inutile, si les actions en partage avaient été de bonne foi dès l'époque classique, d'y insérer l'exception de dol (2) ou l'*exceptio pacti* (3). Enfin, nous verrons que la pureté des textes où ces actions sont présentées

p. 158); Girard, *Manuel*, p. 1070, n. 4. Le lien entre les deux idées est bien marqué par Cicéron : *de off.*, 3, 17, 70 : *...in omnibus his arbitriis in quibus adderetur ex fide bona...*; *eod.*, 3, 16, 66. L'action *tutelae* (de bonne foi d'après Cicéron : *de off.*, 3, 17, 70) est confiée à un arbitre : Scaevola (25 *Dig.*), D. 49, 1, *de appell.*, 28, 2; de même, l'action *pro socio* (de bonne foi, d'après le même texte) : Paul (6 *ad Sab.*), D. 17, 2, *pro socio*, 38, *pr.*; l'action *rei uxoriae* (de bonne foi, d'après Gaius, IV, 62) : Javolenus (4 *ex Cassio*), D. 23, 4, *de pact. dot.*, 1, 1; Cicéron, *Top.*, 17, 66, parle de l'*arbitrium rei uxoriae*.

(1) Cicéron, *de off.*, 3, 17, 70; *de natura deorum*, 3, 30, 74; Gaius, IV, 62 (le passage est peut-être incomplet, le scribe ayant répété deux fois les mêmes actions. Mais Girard (*Textes*) n'y ajoute pas les actions en partage; en ce sens, Audibert, *N. R. H. D.*, 1904, p. 421-424; Kübler, *Gai Institutionum commentarii IV*).

(2) Girard, *Manuel*, p. 493; Scaevola (1 *resp.*), D. 10, 2, *F. E.*, 39, *pr.*, examine l'effet de cette exception dans l'action *F. E.* (Sur l'interpolation du texte, voir les auteurs cités *supra*, p. 283, n. 3, mais la mention de l'exception est bien de Scaevola et c'est sur elle que les Compilateurs ont modifié le texte). Paul (3 *ad Plaut.*), D. 10, 3, *C. D.*, 14, 1. Le texte est fortement interpolé (cf. *Index interp.* et y ajouter Pringsheim, *Conf. pour le 14e Centenaire des Pandectes*, p. 210; Frezza, *op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 94-104) et la mention de l'exception de dol ne concerne expressément que la *vindicatio partis*, mais le texte pur mentionnait peut-être cette exception à propos de l'action *C. D.* M. Riccobono (*Ann. di Palermo*, t. III-IV (1917), p. 170) propose de remplacer [*aequitate ipsius judicii*] par < *aequitatis ratione exceptione doli opposita* >. Elle apparaît comme le moyen normal de faire déduire les impenses.

(3) Girard, *Manuel*, p. 636; Paul (3 *ad Plaut.*), D. 10, 3, *C. D.*, 14, 3. La pureté du texte est suspecte (cf. *Index interp.* et *Suppl.*). Mais la mention de l'exception ne peut être byzantine; l'action étant certainement de bonne foi à cette époque, il n'y aurait pas eu besoin d'insérer cette exception. Cf. Audibert, *N. R. H. D.*, 1904, p. 418-419.

De même, la discussion sur la possibilité d'opérer la compensation (Julien, 2 *ad Urseium Ferocem*, D. 10, 2, *F. E.*, 52, 2) ne se comprendrait pas à propos d'une action de bonne foi (Biondo Biondi, *op. cit.*, t. VII (1918), p. 229).

comme des actions de bonne foi est assez douteuse (1).

L'absence de la clause *ex fide bona* dans les actions en partage peut s'expliquer historiquement. Alors que les actions qui ont cette clause sont de date récente, et en général à peu près contemporaines de l'apparition de la procédure formulaire (2), l'action *familiae erciscundae*, que l'action *communi dividundo* ne fit que copier, remonte aux débuts du droit romain historique. Sa forme avait dû procurer à l'arbitre des pouvoirs suffisants pour régler les rapports qui lui étaient soumis : d'abord, et essentiellement, le partage du bien indivis, éventuellement l'attribution de soultes pour égaliser les lots, plus tard les règlements auxquels pouvaient donner lieu les faits de gestion (3). Aussi, lorsque avec la procédure formulaire apparurent les actions de bonne foi, on n'éprouva nul besoin d'utiliser le procédé nouveau pour accorder à l'arbitre des pouvoirs qu'il exerçait depuis des siècles. Et rien ne permettrait d'expliquer pourquoi, au cours de l'époque classique, on aurait inséré la mention de la bonne foi dans la formule des actions en partage (4). Il faudra attendre les réformes des Byzantins pour que, sacrifiant à des principes

(1) *Infra*, p. 486-489.

(2) L'action *tutelae* avait été précédée par le *crimen suspecti tutoris* (Girard, *Manuel*, p. 235 ; Cuq, *Inst. jur.*, p. 216, n. 11, propose le début du VIII^e^ siècle) ; l'action *fiduciae*, qui, pour Girard (*Manuel*, p. 556), est postérieure à la procédure formulaire, n'a pu naître que lorsque la fiducie eût perdu son caractère premier d'engagement religieux ; les actions sanctionnant les contrats consensuels sont également tardives ; les actions *negotiorum gestorum* et *depositi* furent créées seulement par le préteur (Girard, *Manuel*, p. 663, 560 ; Cuq, *Inst. jur.*, p. 546, 446), la seconde sans doute après 709 U. C. (Girard, *op. cit.*, p. 561, n. 2) ; enfin, l'action *rei uxoriae* ne peut remonter au delà du VI^e^ siècle de Rome (Cuq, *Inst. jur.*, p. 185, n. 2 ; en faveur d'une date plus tardive, Girard, *op. cit.*, p. 1012, n. 4).

(3) Lenel, *Edictum*, p. 208-209.

(4) Cette idée avait été soutenue par Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 108, n. 1, qui datait le caractère de bonne foi de l'époque de Paul et d'Ulpien. Elle est encore exprimée, dubitativement, par M. Segré, *Comproprietà*, *Corso*, 1930-1931, p. 173. Mais les textes qu'il fait valoir sont très suspects (*infra*, chap. VIII). L'auteur considère ailleurs (p. 179) comme probable l'absence de la clause *ex fide bona*.

de classification, on mette ces actions au nombre des actions de bonne foi.

3. Double objet des actions en partage. — La liquidation de l'indivision ne nécessite pas seulement le partage matériel de la masse commune. Celle-ci peut comprendre des biens indivisibles de valeur inégale, dont la répartition entre les ayants droit lèse les uns et avantage les autres. L'arbitre doit compenser ces inégalités en obligeant ceux qui sont favorisés à indemniser les autres par le paiement d'une soulte.

D'autre part, la gestion des biens communs a pu causer préjudice à ceux qui en ont pris la charge. Ils ont fait des dépenses, dont il faut les rembourser. Ou bien ils ont mal géré les biens communs et leur responsabilité pécuniaire est en jeu. D'autres ont tiré de la chose un profit excédant la part à laquelle ils avaient droit et doivent de ce chef une indemnité. Ces règlements portent dans les textes le nom de *praestationes* (1). Si le paiement des soultes peut être considéré comme une opération accessoire au partage matériel des biens, il n'en est pas de même de ces dernières. Les actions en partage, servant à l'un et aux autres, ont donc deux utilités bien distinctes.

Plusieurs textes montrent ce double objet parfaitement distingué par les jurisconsultes de la fin de l'époque classique (2).

(1) Le terme vient de *praestare*, qui se trouve dans la formule des actions en partage. Selon M. Mayr (*Z. S. St.*, t. XLII (1921), p. 208) *praestare* ferait allusion aux cautions garantissant les obligations pécuniaires des indivisaires.

(2) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 4, 3 : *Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo judicio, ita etiam praestationes veniunt : et ideo si quis impensas fecerit, consequatur.*

Paul (6 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 44, *pr.* : *Inter coheredes etiam communi dividundo agi potest, ut res dumtaxat quae eorum communes sint et causae ex his rebus pendentes in judicium veniant.*

La même idée est exprimée dans deux autres passages d'Ulpien dont la pureté est très contestée (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 22, 4 : *Familiae erciscundae judicium ex duobus constat, id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones. Actiones* est incorrect (Mommsen, *Dig.*; Lenel,

Mais il est bien certain que les actions en partage tendirent d'abord uniquement à la cessation de l'état d'indivision par l'attribution exclusive d'une part à chacun (1). Les noms mêmes d'*actio familiae erciscundae* et *communi dividundo* affirment la prépondérance de leur fonction première. Lorsque Gaius (2) et Paul (3) indiquent la raison de leur création, c'est elle qu'ils mettent en avant. C'est là leur but essentiel (4).

Paling., Ulpien, n° 636; Kübler, *Z. S. St.*, t. XXV, p. 449; Fehr, *Z. S. St.*, t. XXXIII (1912), p. 578-580). Ce sont les *praestationes* qui sont *personales* (Cf. D. 5, 3, 25, 18; 10, 3, 1). La fin du texte, à partir de *id est*, est suspecte (en dernier lieu, Berger, *Teilungsklagen*, p. 102-106, et les auteurs cités *ibid.*; y ajouter Krüger, *Dig.*; *contra*, Fehr, *loc. cit.*). Mais on ne peut, sans condamner le paragraphe dans son intégralité, méconnaître qu'Ulpien y affirmait le double but de l'action *F. E.*, car c'est là son seul objet. Et puisque cette idée est affirmée par Ulpien, dans le même livre, et par Paul dans des fragments non suspects, on peut tenir celui-ci pour classique, au moins dans sa solution.

Ulpien (30 *ad Sab.*), D. 10, 3, *C. D.*, 3, *pr.* : *In communi dividundo judicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve èst sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi.* M. Biondo Biondi (*B. Ist. D. R.*, t. XXV (1912), p. 270) croit que ce texte n'est que la fusion byzantine d'un fragment d'un ancien jurisconsulte ignorant la théorie des *praestationes* (*in C. D... communes sint*), et d'un fragment d'Ulpien, relatif à leurs divers chefs (fin du texte). Cf. Krüger, *Z. S. St.*, t. XXVIII (1907), p. 460. Pour MM. Arangio-Ruiz (*Appunti*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. LII (1913), p. 236) et Lenel (*Edictum*, p. 210, n. 10) ce serait la mention du partage qui serait suspecte (Cf. également Frezza, *op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 46). Mais tout le monde admet que les deux chefs existaient dès l'époque classique, et si ce sont les Byzantins qui les ont réunis ici, ailleurs ils l'avaient déjà été par Ulpien lui-même. En faveur de l'emploi des actions en partage pour régler les *praestationes* dès l'époque classique, Audibert, *N. R. H. D.*, 1904, p. 410; Berger, *Teilungsklagen*, p. 110; Arangio-Ruiz, *loc. cit.*; Biondo Biondi, *op. cit.*, p. 269 ; *Ann. di Palermo*, t. X (1925), p. 113; Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 282.

(1) Berger, *Teilungsklagen*, p. 9-10; 101-102; Cuq, *Inst. jur.*, p. 552; Girard, *Manuel*, p. 669, n. 2.

(2) (7 *ad ed. prov.*), D. 10, 2, *F. E.*, 1, *pr.*

(3) (23 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 1 (*supra*, p. 39, n. 2).

(4) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 4, *pr.* (*supra*, p. 137).

Il faut cependant remarquer que dans certains cas on pouvait aboutir au même résultat par la *vindicatio incertae partis*. Pomponius, cité par Ulpien (16 *ad ed.*), D. 6, 1, *de rei vind.*, 3, 2, autorise l'emploi de cette dernière

Julien le précise en comparant la fonction de la pétition d'hérédité à celle de l'action *familiae erciscundae* (1), et Ulpien approuvera Pomponius d'avoir déclaré que telle question ne pouvait être examinée dans cette action pour cela seul qu'elle ne concernait pas le partage (2).

Mais d'assez bonne heure on dut opérer par l'action même qui servait au partage les règlements auxquels avait pu donner lieu la gestion du patrimoine indivis. Labéon, au début de notre ère, connaissait déjà cette fonction des actions en partage (3). Elle est signalée à nouveau, quelques

pour obtenir sa part dans le produit d'un mélange. De même, tandis que Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 3, 8, 1, donne le choix entre l'action *C. D.* et la *vindicatio incertae partis*, au cas de réduction du legs *per vindicationem* à une fraction indéterminée par la *lex Falcidia* (*supra*, p. 111), Gaius (7 *ad ed. prov.*), D. 6, 1, 76, 1, ne signale que la *vindicatio*.

Le domaine respectif des deux actions est difficile à fixer. M. Segré (*Comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 155-156) croit que la mention de l'action *C. D.* dans D. 10, 3, 8, 1 est interpolée (de même, Frezza, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 104). Mais l'option est également donnée D. 6, 1, 4. D'autre part, Ulpien (D. 6, 1, 5, *pr.*) donne la *vindicatio* au cas de mélange involontaire et l'action *C. D.* au cas de mélange volontaire. Ce critère de la *voluntas* est tenu pour interpolé par M. Beseler (*Z. S. St.*, t. XLVII (1927), p. 362). Il se justifie en effet assez mal. Si le mélange involontaire est celui qui est fait contre le gré d'un des propriétaires, c'est bien plutôt l'action *furti* ou l'action *ad exhibendum* qu'il faudrait intenter (D., *h. t.*, 4). En tout cas, le caractère volontaire ou non du mélange n'empêche pas l'indivision d'exister (D. 41, 1, 7, 8-9; *supra*, p. 83, n. 3); l'action *C. D.* doit donc être possible. Peut-être la *vindicatio* a-t-elle avant tout pour objet de faire reconnaître le droit de copropriété et l'action *C. D.* celui d'opérer le partage (Segré, *loc. cit.*).

(1) (8 *Dig.*), D. 5, 4, *si pars hered. pet.*, 7 et 10, 2, *F. E.*, 51, 1 : *Non possumus consequi per hereditatis petitionem id quod familiae erciscundae judicio consequitur, ut a communione discedamus. ...Si ego totam hereditatem possideo... sed a communione discedere volo, impetrare debeo familiae erciscundae judicium, quia aliter dividi inter nos hereditas non potest.*

(2) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 18, 1 : *Sed an in familiae erciscundae judicium de morte testatoris vel de morte uxoris liberorumque suorum habebunt quaestionem heredes, quaeritur : et rectissime Pomponius ait haec ad divisionem rerum hereditarium non pertinere.*

(3) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 4, 3 : *...Sed si non cum ipso socio agat, sed cum herede socii, Labeo recte existimat impensas et fructus a defuncto perceptos venire (in communi dividundo judicio)...*; (*eod.*), D., *h. t.*, 6, 7 : *Si damni infecti in solidum pro aedibus caveris, Labeo ait*

années plus tard, par un de ses successeurs, Proculus (1).

Peut-être cette doctrine, certaine chez les jurisconsultes de l'Empire, existait-elle dès la fin de la République. L'ami de César (2), Ofilius, aurait déjà admis l'emploi de l'action *familiae erciscundae* pour se faire indemniser d'un vol commis par l'esclave commun aux dépens d'un cohéritier (3), et son contemporain, élève lui aussi de Servius Sulpicius, Alfenus Varus, aurait autorisé à se faire indemniser, lors de l'action *communi dividundo* (4), d'un accident survenu à l'esclave

communi dividundo judicium tibi non esse, cum necesse tibi non fuerit in solidum cavere... Labéon refuse l'action *C. D.* parce que le copropriétaire a fait une dépense qui n'était pas imposée par la gestion du bien indivis. Mais cela prouve qu'il connaissait l'utilisation de l'action pour régler ces dépenses.

Labéon (*4 post. a Javoleno epit.*), D. 18, 1, *de contrah. empt.*, 78, 2 : *Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus heredibus relictis decessit. si unus omnem pecuniam solverit, partem familiae erciscundae judicio servabit...* Ici, au contraire, la dépense était nécessaire pour obtenir la livraison de la chose achetée. C'est pourquoi l'action *F. E.* permet de recouvrer sa part du prix.

La concordance de ces trois textes, la présence du dernier dans un titre étranger aux actions en partage et sa provenance de l'*appendix*, alors que les deux autres sont de la *pars edictalis*, rendent peu vraisemblable l'idée d'une interpolation des trois fragments.

(1) Julien (2 *ad Urseium Ferocem*), D. 10, 3, *C. D.*, 5 : *...respondit Proculus communi dividundo judicio partem ejus impensae me servaturum esse.*

Paul (6 *ad Sab.*), D. 17, 2, *pro socio*, 38, 1 : *Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum* [*et altera actione alteram tolli*] *Proculus ait* (sur l'interpolation, *supra*, p. 73, n. 1). C'est, ici, le titre de la société et la *pars Sabiniana* qui confirment la même solution.

(2) Pomponius (*sing. enchir.*), D. 1, 2, *de orig. jur.*, 2, 44.

(3) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 16, 6 : *Item si servus hereditarius propriam rem heredum unius subripuerit, Ofilius ait esse familiae erciscundae actionem et communi dividundo furtique actionem cessare. quare agentem familiae erciscundae judicio consecuturum, ut aut ei servus adjudicetur aut litis aestimatio in simplum offeratur.*

(4) Alfenus Varus (2 *Dig.*), D. 10, 3, *C. D.*, 26 : *Communis servus cum apud alterum esset, crus fregit in opere : quaerebatur, alter dominus quid cum eo, penes quem fuisset, ageret. respondi, si quid culpa illius magis*

commun par la faute d'un des copropriétaires (1). Mais la pureté des deux textes a été contestée par MM. Biondo Biondi et Arangio-Ruiz (2). A la place de l'action *familiae erciscundae*, Ofilius aurait accordé une action noxale de vol, et Alfenus, à la place de l'action *communi dividundo*, celle de la loi Aquilia. Les raisons invoquées pour soutenir l'interpolation sont moins des arguments tirés de la forme ou du fond des textes mêmes que l'idée générale selon laquelle le droit classique aurait connu l'usage des diverses actions particulières du droit commun entre les titulaires de droit indivis, alors que le droit byzantin y aurait très généralement substitué les actions en partage (3). Leur emploi aurait même été nécessaire pour régler des rapports de gestion, *manente communione*, les actions en partage ne pouvant, en droit classique, être utilisées pour ce seul objet (4).

Les deux observations sont exactes. Mais elles ne semblent pas suffisantes à faire suspecter les puretés des deux textes. Rien ne prouve, en effet, que la question des *praestationes* ne se soit pas posée ici au moment du partage. La mention des actions en partage serait alors toute naturelle. Dès l'époque classique, elles avaient une fonction concurrente à celle des autres actions, mais avec cette infériorité de ne pouvoir être utilisées qu'au moment du partage.

On pourrait ainsi faire remonter jusqu'à Ofilius et Alfenus, et peut-être même jusqu'à leur maître commun, Servius, l'usage de ces actions pour régler des *praestationes* (5).

quam casu res communis damni cepisset, per arbitrum communi dividundo posse reciperare.

(1) Berger, *Teilungsklagen*, p. 110.

(2) Biondo Biondi, *Judicia b. f.* (*Ann... di Palermo*, t. VII (1918), p. 109, n. 1, p. 112; *Actiones noxales* (*eod.*, t. X (1925), p. 119 (pour le 1er texte) et p. 116 (pour le 2e); Arangio-Ruiz, *Istit.*, p. 352, n. 1 (cet auteur ne conteste que la mention de la *culpa* dans le second texte).

(3) *Infra*, p. 435-445.

(4) *Infra*, section II.

(5) Sans doute l'option ouverte à la victime du vol, se faire adjuger l'esclave ou obtenir la valeur de la chose, semble mieux convenir à une action

Par quel procédé l'action, d'abord limitée au partage, fut-elle, par la suite, étendue aux règlements pour faits de gestion? On est sur ce point réduit à des conjectures. Si l'on admet que le chef *de praestationibus* n'est apparu que postérieurement à Ofilius et à Alfenus et que les premières traces s'en trouvent dans l'œuvre de Labéon, on place cette extension à l'époque de la procédure formulaire. On doit alors se demander si elle fut concrétisée par une modification de la formule des actions en partage. Au contraire, si l'on suppose que les jurisconsultes de la fin de la République, et peut-être Servius Sulpicius, la connaissaient déjà, on atteint l'époque des premières données juridiques certaines. Rien ne fait alors obstacle à une hypothèse, qui reporterait la date de cette innovation jusqu'au temps des actions de la loi. Dès son apparition, la formule aurait offert le moyen d'opérer à la fois le partage et le règlement des *praestationes*.

Quelle que soit l'époque à laquelle se place cette innovation, il ne semble pas qu'il faille y voir le résultat d'une brusque réforme procédurale. L'arbitre fut conduit, pour des raisons de simplification pratique, à trancher, lors du partage, les questions pécuniaires nées au cours de l'indivision.

Il trouva dans les larges pouvoirs que lui donnait le caractère arbitral de sa sentence la légitimation de cette innovation. L'intermédiaire, qui en facilita la réalisation pratique, fut sans doute son pouvoir de condamner à des soultes pour égaliser les parts. Dès leur création, ou très peu après, les actions en partage comportèrent cette faculté de compenser les inégalités que l'indivisibilité de certains biens créaient entre les parts (1). A côté de l'obligation d'attribuer à chacun une fraction du bien, l'arbitre avait ainsi le pouvoir de prononcer des condamnations pécuniaires. Il put l'utiliser,

noxale; mais elle n'est pas inconciliable avec des opérations de partage. Il faudrait, en outre, supposer, pour appliquer ce texte à l'action noxale de vol, que les Compilateurs avaient pris le soin d'introduire le terme *adjudicetur*, qui ne peut convenir à l'action noxale (celle-ci comporte une *noxae deditio*).

(1) Karlowa, *R. R. G.*, t. II, p. 458, n. 2; Berger, *Teilungsklagen*, p. 94.

non plus pour compléter le partage, mais pour régler les *praestationes* (1). Encore que la cause de la condamnation fut nouvelle, le but poursuivi restait identique : assurer l'égalité entre les copartageants dans les profits et pertes résultant de l'indivision, aussi bien que dans le partage.

Pour nous en tenir à la procédure formulaire, la seule pour laquelle nous ayons des renseignements suffisants, l'arbitre y eut dès l'origine le pouvoir de prononcer des condamnations, au moins pour parer aux inégalités du partage. Aussi la formule devait-elle contenir la clause « *quiquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet ejus judex alterum alteri condemnato* » (2). Elle put être utilisée pour le règlement des *praestationes*.

Mais si, dès une époque ancienne, l'arbitre avait le pouvoir de prononcer des condamnations pécuniaires, encore fallait-il que les parties le sollicitassent d'en faire usage à cette fin. Si leur demande n'avait porté que sur le partage, il eut été incompétent à prononcer *de praestationibus*. Aussi la *demonstratio* de la formule dut-elle faire mention de ce second chef, à côté de celui du partage (3). Cette mention ne fut

(1) Cette réforme est donc bien moins profonde que celle que voyait Ihering (*Esprit du Droit romain*, t. IV, p. 184-190) en matière de revendication, où l'action, purement réelle au début et ne tendant qu'à la reprise de la chose, admit par la suite des éléments personnels, tels que le règlement des impenses ou des fruits consommés par le possesseur de mauvaise foi. Cf. Segré, *Comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 175-176.

(2) Nous adoptons l'essai de reconstitution de la formule donnée par M. Lenel, *Edictum*, p. 207-208 (*F. E.*), 211 (*C. D.*). Les nombreuses controverses suscitées depuis trente ans par les actions en partage n'ont pas obligé l'auteur à en modifier les termes depuis la première édition de l'*Edictum*, signe extérieur mais manifeste de la solidité de ses affirmations. V. *infra*, n. 3.

(3) *Quod Lucii Titii heredes de familia erciscunda deque eo, quod in ea hereditate ab eorum quo... gestum admissumve sit* (Lenel, *op. cit.*, p. 207) ; *quod L. Titius C. Seius de communi* [*eorum ?*] *dividundo et si quid in communi damni datum factumve sit sive quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem pervenerit.* L'inexistence de l'*intentio* et de la clause *de praestationibus* dans les actions en partage a été soutenue par M. Frezza (*Actio communi dividundo, Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932),

nécessaire que pour étendre la compétence de l'arbitre, non pour augmenter ses pouvoirs (1). Cette rédaction de la

p. 9-21, 35-51; son étude traite spécialement de l'action *C. D.*, mais il étend sa doctrine à l'action *F. E.*). La *demonstratio* serait suffisante. Nous ne pouvons entreprendre ici l'examen détaillé de cette thèse. Il est en effet délicat de discuter des clauses d'une formule dont l'auteur italien reconnaît lui-même l'impossibilité de rétablir la teneur. Il faut avant tout avouer notre ignorance sur ce point, et le caractère purement conjectural des essais de reconstitution de ces formules. Il semble cependant difficile d'expliquer le développement de la théorie des *praestationes* sur une *condemnatio* rattachée à l'*adjudicatio*; et l'on ne saurait trouver dans les textes la preuve d'un développement fondé uniquement sur l'équité ou l'opinion des prudents : s'ils invoquent Labéon (D. 10, 3, 4, 3) ou Pomponius (D. 10, 2, 16, 4), c'est qu'il s'agit de cas particuliers où l'on hésite à employer l'action en partage (de même, l'hésitation que révèle le D. 10, 3, 23 tient à l'existence d'un contrat de louage); le plus souvent ils se contentent d'affirmer la possibilité d'agir en remboursement (D. 10, 2, 25, 15; 10, 3, 8, 2-4; *h. t.*, 10, *pr.*; C. J., 3, 37, 4, 2; l'argument tiré de la bonne foi au D. 10, 3, 24, *pr.* a pour objet de justifier le recours, non l'action qui le fera valoir, et la phrase finale de Pomponius (*h. t.*, 20) constate l'utilité de l'action plus qu'elle n'en donne un fondement rationnel). L'auteur admet d'ailleurs que, dès l'époque classique, les *praestationes* pouvaient être réglées lors du partage. La discussion se limite donc aux termes d'une formule que nous reconnaissons avec lui être impossible à restituer.

(1) Ainsi se légitime l'antinomie que croyait relever Audibert (*N. R. H. D.*, 1904, p. 273-274) dans la formule proposée par M. Lenel, qui distingue les deux objets de l'action dans la *demonstratio*, alors qu'elle ne contient qu'une formule générale pour l'*intentio* et la *condemnatio*.

L'ingénieuse hypothèse de cet auteur, croyant à l'existence primitive de deux formules, l'une pour le partage, l'autre pour les *praestationes*, dont la fusion à l'époque classique aurait donné une formule à double *demonstratio* et double *condemnatio*, plus une *adjudicatio* et une *intentio* (*Mélanges Appleton*, *op. cit.*, p. 1-37; *N. R. H. D.*, 1904, p. 273-305, 401-439, 649-697), combattue par MM. Kübler (*Z. S. St.*, t. XXV (1904), p. 446-449) et Berger (*Teilungsklagen*, *passim*, spéc. p. 103-106), a été réfutée par M. Lenel (*Edictum*, p. 209). Contre cette théorie, Girard, *Manuel*, p. 669, n. 2; Duquesne, *Cours de doctorat*, Strasbourg, 1932-1933. La théorie d'Audibert repose essentiellement sur une « vue » de l'évolution des actions en partage, et, pour admettre la formule anormale qu'elle propose, il faudrait un appui solide dans les textes. Or, celui-ci fait défaut. D. 10, 2, 39, *pr.* (*supra*, p. 283, n. 3) concerne la pétition d'hérédité partiaire (Lenel, *Edictum*, p. 209, n. 3 et les auteurs cités; également Biondo Biondi, *B. Ist. D. R.*, t. XXV (1912), p. 272); D. 10, 3, 14, 1 prouve simplement que l'action n'est pas de bonne foi, ce qui est exact aussi bien pour les *praestationes* que pour le partage; D. 10, 3, 29 refuse l'action *C. D.* en matière de *praes-*

demonstratio fut-elle adoptée dès le début de la procédure formulaire, ou seulement au premier siècle avant notre ère? On ne saurait sur ce point donner de réponse ferme, car elle est fonction de la date inconnue à laquelle les actions en partage purent servir pour les *praestationes*.

Mais s'il est permis de hasarder une hypothèse, il semble plus vraisemblable de situer assez loin dans le passé cette innovation. Elle était utile, permettant de régler dans une seule action toutes les questions nées de l'indivision (1). Elle pouvait être admise sans réforme profonde des actions en partage, puisque le juge pouvait déjà prononcer des condamnations. Rien ne s'oppose à conjecturer que, dès son apparition, la formule des actions en partage, suivant peut-être le modèle de la *judicis postulatio*, mentionnait à la fois les deux objets de l'action (2).

tationes, parce que seule cette question est abordée par le texte. Il ne prouve pas (comme le croyait Audibert, *N. R. H. D.*, 1904, p. 302) qu'il ait existé une formule pour le partage seul. La dualité d'objet affirmée par D. 10, 2, 22, 4 (*supra*, p. 309, n. 2) ne prouve pas la dualité de formules (*Mélanges Appleton*, p. 35-36). De même, les textes invoqués en faveur de l'existence de deux *condemnationes* (*op. cit.*, p. 33-34) n'ont par la netteté suffisante pour faire admettre pareille anomalie procédurale. Ils n'établissent pas qu'une *condemnatio* ait suivi immédiatement l'*adjudicatio*, pour permettre d'égaliser les lots, car rien ne prouve qu'ils se réfèrent à une *condemnatio* : ils envisagent l'exécution de legs (D. 10. 2, 25, 22) ou l'évaluation de la part adjugée à un copartageant (10, 3, 6, 9; *h. t.*, 10, 2). Si l'action est possible seulement *de praestionibus*, après la disparition de la chose à partager (mais pas au cours de l'indivision, comme le croyait Audibert, *N. R. H. D.*, 1904, p. 281-292; *infra*, sect. II), cela n'implique pas la dualité de formules. L'*adjudicatio* est alors sans objet; mais la *demonstratio*, visant l'existence de l'indivision, reste nécessaire pour permettre de régler les rapports qu'elle a suscités. Enfin, l'utilité d'une double formule se comprend mal, puisque les seuls éléments de la formule normale suffisent à rendre compte des pouvoirs du juge (Lenel, *loc. cit.*).

(1) C'est un motif de simplification analogue qui fait renvoyer devant le même juge plusieurs actions en partage pendantes entre les mêmes personnes. Pomponius (13 *ad Sab.*), D. 11, 2, *de quid reb.*, 1 (Cf. Biondo Biondi, *Compensazione*, *Ann... di Palermo*, t. XII (1925), p. 215).

(2) On pourrait étudier le rôle joué par l'action utile dans l'extension du champ d'application des actions en partage. Nous ne reprendrons pas, à ce point de vue spécial, les indications déjà données (*supra*, Ch. II et III) et que

SECTION II

Actions autorisées au cours de l'indivision.

1. Impossibilité d'intenter les actions en partage. — Les actions en partage ne purent être utilisées en matière de

nous compléterons plus loin (*infra*, Ch. VI), ni la discussion, qui relève plus de la procédure que de notre étude, sur l'existence d'une formule spéciale pour l'action *C. D.* utile dans l'Édit. [Les objections que faisaient M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 68-72) à son existence ne semblent pas avoir été complètement réfutées par M. Lenel, *Edictum*, p. 212-213. Si ce dernier concède que le début de la loi 7 (D. 10, 3, 7, *pr.*, § 2) devait concerner l'action utile et par là réfute une des critiques de M. Berger, il n'en reste pas moins certaines objections sérieuses à sa thèse : il est hasardé de tirer argument du fait qu'Ulpien traite dans deux livres distincts de l'action *C. D.*, puisqu'il réunissait dans un seul les trois actions en partage, qui avaient, à n'en pas douter, chacune une formule spéciale dans l'Édit. Les autres commentaires *ad edictum* ne confirment que peu (Paul) ou pas (Julien et Gaius) cette hypothèse. M. Lenel reconnaît lui-même que le plus souvent l'action utile n'était qu'une modification de l'action directe (p. 210-211); ce ne serait que lorsque l'indivision portait sur un droit autre que la propriété (p. 211), ou non reconnu par le droit civil (p. 213), qu'on aurait eu recours à une formule spéciale. Le savant romaniste se déclare d'ailleurs dans l'impossibilité d'indiquer quelle était cette formule. Contre l'existence d'une formule spéciale dans l'Édit, Frezza, *op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 27-32]. Un examen de cette question ferait apparaître que l'action utile permit d'admettre : 1° de nouvelles causes d'indivision (peut-être la *bonorum possessio*; *supra*, p. 131) : l'*addictio bonorum libertorum servandorum causa* (Berger, *op. cit.*, p. 21); les rapports de l'héritier et du fidéicommissaire (D. 10, 2, 40 et 24, 1; *supra*, p. 132-133); 2° de nouveaux droits susceptibles d'indivision : usufruit (D. 45, 3, 32; *supra*, p. 158, n. 1), servitude (D. 43, 20, 4; *supra*, p. 164, n. 3); usage (?, Berger, *op. cit.*, p. 47); *jus in agro vectigali* (les textes ne le disent pas, mais *utile* a pu être omis par les Byzantins : Berger, *op. cit.*, p. 32; Lenel, *Edictum*, p. 213; Segré, *Comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 180. *Contra*, Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 60); superficie (D. 43, 18, 1, 8; *supra*, p. 176, n. 5); gage (D. 10, 3, 7, 6; *supra*, p. 185, n. 7); *missio in possessionem* (dans certains cas; *supra*, p. 193, n. 3), c'est-à-dire à peu près tous les cas où il n'y a pas copropriété (cf. la scolie de Stéphane : ἐάν πραγματός, Basiliques, 16, 1, 13, *Supplément* Zachariae, p. 70); 3° l'exercice de l'action après aliénation de sa part (*infra*, p. 367, n. 3) ou après la disparition de la chose commune (*infra*, p. 322, n. 4).

praestationes que par une extension et une déviation de leur rôle primitif. Cette extension avait pu être facilement accomplie en raison des larges pouvoirs confiés à l'arbitre, et spécialement de la faculté qu'il avait de prononcer des *condemnationes* pour assurer l'égalité des lots. Elle correspondait, en outre, à une raison de simplification pratique en permettant, à la dissolution de l'indivision, de régler à la fois les *praestationes* et le partage.

Mais cette extension paraissait beaucoup moins naturelle et beaucoup moins utile quand le règlement de tel fait de gestion était réclamé au cours même de l'indivision. Ce n'aurait plus été accessoirement que l'action aurait tendu à régler des rapports pécuniaires. Elle n'aurait plus eu pour objet le partage, et c'eût été non plus une extension mais une modification radicale de son rôle primitif qui eût été apportée à son emploi. Cette réforme profonde n'était pas nécessaire, puisque d'autres actions étaient ouvertes aux indivisaires comme à toute personne, et que, le partage n'étant pas envisagé, leur exercice ne venait pas s'ajouter à celui d'une autre action. Aussi le droit classique ignora-t-il l'utilisation des actions en partage, *manente communione*, pour le règlement des faits de gestion.

L'opinion contraire était autrefois communément admise (1). Mais l'examen, fait par M. Berger, des textes qui l'appuyaient (2), en a démontré l'interpolation. Depuis lors, la majorité de la doctrine s'est ralliée à son sentiment (3).

(1) Cuq, *Inst. jur.* (1re éd., t. II, p. 513) ; Audibert, *N. R. H. D.*, 1904, p. 280; Trumpler, *Geschichte der römischen Gesellschaftsformen*, p. 9 ; Krüger (*Z. S. St.*, t. XXVIII (1907), p. 459), et les auteurs plus anciens cités par M. Berger, *Teilungsklagen*, p. 225, n. 2.

(2) *Teilungsklagen*, p. 221-241. Cette opinion avait déjà été émise par Pernice, *Z. S. St.*, t. XIX (1898), p. 173 sq.

(3) En particulier, Audibert (*N. R. H. D.*, 1914, p. 646), Cuq (*Inst. jur.*, 2e éd., p. 551) qui ont abandonné leur opinion antérieure; Kübler, *Krit. Vierteljahrsschrift*, 1914, p. 46 ; Arangio-Ruiz, *Appunti*, *Riv. ital. Sc. giur.*, t. LII (1913), p. 239; Riccobono, *Communio*, p. 78 sq.; Lenel, *Edictum*, p. 211 (modifiant l'opinion émise *Edit*, trad. Peltier, t. I, p. 240);

Seul, un texte, attribué à Paul, reconnaît expressément l'existence d'une action *communi dividundo* utile, intentée au cours de l'indivision pour se faire indemniser des impenses. Mais il a été fortement interpolé, et le passage indiquant cette solution était déjà suspecté par Cujas. Depuis lors, les critiques à son égard se sont multipliées. M. Berger en a démontré l'interpolation de façon péremptoire (1). Le texte, en effet, présente des inélégances de rédaction (2). Mais surtout il rompt le développement logique de la pensée de Paul et fait apparaître la chute de certains passages, en même temps que la modification de sa teneur propre (3).

Bonfante, *Corso*, t. II, 2, p. 28, 30; Branca, *Il regime degli atti di disposizione, Riv. it. Sc. giur.*, t. VI (1931), p. 255-257; Segré, *Comproprietà, Corso*, 19 30-1931, p. 192. *Contra*, Biondo Biondi, *B. Ist. D. R.*, t. XXV (1912), p. 272; Fehr, *Z. S. St.*, t. XXXIII (1912), p. 580-582. Scialoja (*Proprietà*, t. I, p. 496) déclare que cette fonction des actions en partage existe « almeno nel diritto romano più progredito », sans préciser davantage.

(1) Paul (3 *ad Plautium*), D. 10, 3, *C. D.*, 14, 1 : ...*Quae cum ita sint, rectissime dicitur etiam impendiorum nomine utile judicium dari debere mihi in socium etiam manente rei communione.*

V. *Index interp.* La démonstration de M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 213-217) a été approuvée ou complétée par MM. Kübler (*Krit. Vierteljahrsschrift*, 1914, p. 46); Riccobono, *Communio*, p. 78, et *Ann... di Palermo*, t. III IV (1917), p. 170; Bonfante, *Scr. giur.*, t. III, p. 401, n. 2; Lenel, *Edictum*, p. 211. *Contra*, Fehr, *Z. S. St.*, t. XXXIII (1912), p. 581.

(2) Répétition de *etiam*.

(3) *Quae cum ita sint* se rattache mal à la phrase précédente. Il devait y avoir avant ce passage une phrase indiquant une nouvelle hypothèse (*infra*, p. 366-367).

L'octroi d'une action utile, *manente communione*, contredit le début du texte, qui accorde seulement une exception pour exercer la rétention des dépenses. Si le passage existait déjà dans le texte de Paul, il faudrait lire <*non*> *manente communione* et y voir la solution d'une hypothèse dont les termes exacts nous sont inconnus.

Fehr objectait à la critique de M. Berger la complication des hypothèses du texte et des retouches apportées par les Compilateurs. Cette complexité semble au contraire être chère aux Byzantins, soit qu'elle résulte de la réunion dans un seul texte d'espèces multiples étudiées par les professeurs à propos d'une règle, soit qu'elle traduise le souci du législateur de grouper les règles relatives à des cas analogues. L'objection tirée de l'absence de toute mention, dans les const. de Justinien, de ce rôle nouveau de l'action n'est pas décisive, car cette innovation apparaît

Les autres textes que l'on fait intervenir dans la discussion de ce problème ne sauraient être retenus. Les uns, en effet, tout en signalant l'emploi des actions en partage pour régler les *praestationes*, n'indiquent nullement que ce règlement ait lieu avant la cessation de l'indivision. Ils concernent l'hypothèse la plus normale : celle d'un règlement au moment du partage (1).

D'autres portent la trace de l'interpolation par laquelle les Byzantins ont étendu le champ d'application des actions en partage (2).

comme le produit d'un développement doctrinal ou pratique plutôt que comme une véritable réforme législative. Si l'usage de l'action, après disparition de la chose commune (donc lorsqu'il n'y avait plus rien à partager), put contribuer à la reconnaissance de cette solution, cela n'en établit pas le caractère classique. Enfin, les textes invoqués (D. 9, 4, 19, *pr.*; 10, 3, 12; 47, 2, 62, *pr.*) ne peuvent être utilisés en faveur de cette théorie (*infra*, n. 1 et 2).

(1) D. 7, 1, *de usuf.*, 13, 3 (Ulpien, 18 *ad Sab.*), *supra*, p. 158, n. 2; D. 9, 4, *de noxal. act.*, 8 (Ulpien, 37 *ad ed.*), le texte fut remanié (cf. *Index interpol.*); *h. t.*, 19, *pr.*, *i. f.* (Paul, 22 *ad ed.*); D. 10, 2, *F. E.*, 16, 5 (*infra*, p. 324, n. 1) et 6 (*supra*, p. 312, n. 3), 10, 3, *C. D.*, 8, 2 (Paul, 23 *ad ed.*); *h. t.*, 14, 1 (Paul, 3 *ad Plautium*); *h. t.*, 23 (Ulpien, 32 *ad ed.*). Ce texte, concernant l'usage de l'action *C. D.* pour régler un conflit né à propos de la jouissance des biens communs, pourrait faire croire que l'action est possible avant que l'on ne songe au partage. Mais l'action peut parfaitement tendre à celui-ci, car s'il y a mésentente entre les *socii* le partage est le plus sûr moyen d'y mettre fin. La solution du texte est d'ailleurs interpolée, d'après MM. Riccobono (*Communio*, p. 89) et Krüger (*Dig.*); *h. t.*, 26 (Alfenus Varus, 2 *Dig.*; *supra*, p. 312, n. 4); 33, 3, *de serv. leg.*, 4, *i. f.* (Javolenus, 9 *Epist.*); Pernice, *Z. S. St.*, t. XIX (1898), p. 174; Berger, *Teilungsklagen*, p. 239. Le texte est tenu pour interpolé par MM. Riccobono (*eod.*) et Beseler (*Z. S. St.*, t. XLV (1925), p. 474); 39, 2, *de damn. inf.*, 32 (Gaius, 28 *ad ed. prov.*; *infra*, p. 330, n. 1); 45, 3, *de stip. serv.*, 28, 1 (Gaius, 3 *de verb. obl.*; *supra*, p. 236, n. 1); 47, 2, *de furtis*, 62 (61), *pr.* (Africain, 8 *Quaest.*) : Berger, *op. cit.*, p. 228. Une hypothèse un peu différente est étudiée par Paul (6 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 44, 7; cf. *h. t.*, 18, 4 (Ulpien, 19 *ad ed.*; *infra*, p. 443, n. 1).

(2) 33, 1, *de annuis leg.*, 7 (Pomponius, 8 *ad Q. Mucium*); D. 10, 2, *F. E.*, 18, 2 (Ulpien, 19 *ad ed.*) : Riccobono, *op. cit.*, p. 89; Krüger, *Dig.*; *h. t.*, 44, 8 (Paul, 6 *ad Sab.*), invoqué par M. Biondo Biondi en faveur de la possibilité d'intenter l'action *de praestationibus* pendant l'indivision, dès le droit classique, est interpolé, d'après M. Riccobono (*op. cit.*, p. 92); 10,

Un dernier, enfin, ne doit pas intervenir dans cette question, car il concerne l'exercice de l'action *post interitum rei communis* (1). Celui-ci fut admis dès l'époque classique (2). C'est là, il faut le reconnaître, une anomalie, car l'action est détournée de son but propre, aussi bien dans ce cas que dans celui du règlement des *praestationes*, *manente communione*. Nous saisissons ici une nouvelle marque de l'absence de théorie générale, réglant l'emploi des actions en partage. Alors qu'on les utilise, dès l'époque classique, pour les *praestationes* lorsque tout partage est devenu impossible, on s'y refuse tant que l'indivision subsiste. On ne saurait donner de cette différence une raison pleinement satisfaisante. Papinien déclare qu'ici la *causa communionis* subsisterait si la chose n'avait pas péri et que cela suffit à expliquer l'emploi de l'action (3). Cette justification ne fait que traduire le moyen procédural par lequel on étendit ici l'emploi de l'action *communi dividundo* (4). Mais elle n'explique pas, au point de vue théorique, que l'on ait autorisé l'action après disparition de la chose commune, alors qu'on ne l'admit pas

3, *C. D.*, 12 (Ulpien, 71 *ad ed.*) : Bonfante, *Scr. giur.*, t. III, p. 410; Riccobono, *op. cit.*, p. 81; Beseler, *Z. S. St.*, t. XLIII (1922), p. 422; *h. t.*, 15 (Paul, 5 *ad Plautium*; *infra*, p. 441, n. 3); *h. t.*, 28 (Papinien, 7 *Quaest.*) : en particulier Berger, *Teilungsklagen*, p. 233; Arangio-Ruiz, *Appunti*, *op. cit.*, p. 239; Riccobono, *op. cit.*, p. 60, 80, 97; D. 39, 1, *de op. nov. nunt.*, 3, 1-2 (Ulpien, 52 *ad ed.*) : Berger, *op. cit.*, p. 234.

(1) Gaius (7 *ad edict. prov.*), D. 10, 3, *C. D.*, 11 : *In summa admonendi sumus, quod, si post interitum rei communis is, cui aliquid ex communione praestari oportet, eo nomine agere velit, communi dividundo judicium utile datur...* Ce texte avait été invoqué par Fehr (cf. *supra*, p. 320, n. 3). M. Arangio-Ruiz (*Appunti...*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. LII (1913), p. 240) l'estime « *di eleganta struttura classica* ». Cf. Ulpien (19 *ad ed.*) D. 10, 2, *F. E.*, 24, *pr.*

(2) Berger, *Teilungsklagen*, p. 198-220; Arangio-Ruiz (*op. cit.*), p. 240-242.

(3) (7 *Quaest.*), D. 10, 2, *F. E.*, 31 : *Sufficit enim communionis causa quae praecessit quaeque hodie duraret, si res non intercidisset.*

(4) M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 202) voit, avec vraisemblance, dans ce texte, une allusion au caractère fictice de l'action utile, qui était ici donnée (Cf. Lenel, *Edictum*, p. 211).

avant. Dans ce cas, bien plus que dans l'autre, il y avait une *causa communionis*, dont on n'était pas obligé de supposer fictivement la survie.

Si l'action fut utilisée pour les *praestationes*, c'est peut-être que la disparition de la chose commune rendait impossible tout partage futur. Au contraire, tant que subsistait l'indivision, on ne concevait pas qu'elle pût tendre à un autre résultat que celui impliqué par son nom même. Mais cette reconnaissance de l'action, dans un cas où il ne pouvait y avoir de partage, marque le début d'une évolution qui conduira à l'autoriser au cours même de l'indivision.

2. Actions sanctionnant les rapports des indivisaires entre eux. — Le droit classique n'ayant pas encore reconnu cette pratique, il était nécessaire de permettre l'emploi d'autres actions pour trancher les conflits naissant de l'administration des biens communs. On ne pouvait attendre la dissolution de l'indivision pour en confier le règlement à l'arbitre saisi de l'action en partage. On ne pouvait, à l'inverse, imposer l'obligation de demander le partage dès que la moindre difficulté s'élevait entre indivisaires. En l'absence d'une action propre, ce furent des actions du droit commun qui réglèrent ces conflits (1).

C'est ainsi que l'*actio legis Aquiliae* est possible lorsqu'un dommage a été causé à la chose commune par l'un de ses copropriétaires (2). L'usage en est attesté pour la société (3).

(1) Audibert, *Mélanges Appleton*, p. 24 ; Bonfante, *Scr. giur.*, t. III, p. 467 ; Riccobono, *Communio*, p. 56-57 ; Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 489-496 ; Ein, *Le azioni dei condomini* (*B. Ist. D. R.*, t. XXXIX, 1931, p. 154-291, *passim*) ; Frezza, *op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 57-108. Ces travaux dispensent de reprendre l'examen détaillé de tous les textes sur la question.

(2) Ce point est contesté par M. Riccobono, *op. cit.*, p. 56. *Contra*, Audibert, *loc. cit.* ; Bonfante, *loc. cit.* ; Scialoja, *op. cit.*, p. 495 ; Biondo Biondi, *Axiones noxales* (*Ann... di Palermo*, t. X (1925), p. 116) ; Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 247 ; Frezza, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 59.

(3) Ulpien (30 *ad Sab.*), D. 17, 2, *pro socio*, 47, 1 : *Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum et Celsus et Julianus et Pomponius scribunt.*

Il devait exister également pour l'indivision. Un texte d'Ulpien donne dans ce cas l'option entre l'*actio legis Aquiliae* et l'action *familiae erciscundae* (1).

L'action *servi corrupti* est également susceptible d'être exercée par un des copropriétaires contre celui d'entre eux qui a diminué la valeur de l'esclave commun (2). De même l'action *furti* (3).

Africain et Ulpien connaissent l'emploi des actions *locati* et *conducti*, lorsque les copropriétaires se sont réciproquement partagés la jouissance du fonds commun, en le prenant à bail chacun à leur tour pendant un an (4).

(1) (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 16, 5 : *Denique ait, si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit vel interleverit, teneri quidem lege Aquilia, quasi corruperit : non minus autem etiam familiae erciscundae judicio.* M. Biondo Biondi (*Ann... di Palermo*, t. X (1925), p. 115) croit au caractère byzantin de la dernière phrase : *non minus...* Mais la mention de l'action *F. E.* peut s'entendre de son emploi lors du partage. C'est à celui-ci que Gaius fait allusion : *h. t.*, 17. Il ne faut pas invoquer ici le texte d'Ulpien (18 *ad ed.*), D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, 27, 1, qui concerne l'action noxale. Quant au refus de l'action *h. t.*, 27, 10 et au silence que garde à son égard D. 10, 3, 26 (Alfenus, 2 *Dig.*), ils peuvent s'expliquer par des motifs spéciaux : dommage non causé *corpore corpori* ou non encore arrivé, interpolation du texte (?) (Cf. Ein, *loc. cit.*, n. 1 et les auteurs cités).

(2) Ulpien (23 *ad ed.*), D. 11, 3, *de servo corrupto*, 9, *pr.* : *Si quis servum communem meum et suum corruperit, apud Julianum libro nono digestorum quaeritur, an hac actione teneri possit, et ait teneri eum socio : praeterea poterit et communi dividundo et pro socio, si socii sint, teneri, ut Julianus ait.* (La fin du texte est suspecte ; cf. *Index interp.*). La même action est accordée par Paul (22 *ad ed.*), D. 9, 4, *de noxal. act.*, 10 : *Sed et eo nomine agere cum socio poterit, quod servum communem deteriorem fecit, quemadmodum cum quolibet alio, qui rem communem deteriorem fecisset.* (Cf. *infra*, p. 326, n. 2). Le refus que fait de l'action le même jurisconsulte (19 *ad ed.*), D. 11, 3, 14, 2, tient à ce que, dans ce cas, elle est noxale. Or les actions noxales ne sont pas possibles entre copropriétaires de l'esclave coupable (*infra*, p. 325-327). Cf. Frezza, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1933), p. 63.

(3) Ulpien (41 *ad Sab.*), D. 47, 2, *de furtis*, 45 ; (30 *ad Sab.*), D. 17, 2, *pro socio*, 45 et 51. Pour plus de détails, cf. Frezza, *op. cit.*, p. 65-80.

(4) Africain (8 *Quaest.*), D. 19, 2, *loc. cond.*, 35, 1 ; Ulpien (32 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 23. Les deux textes signalent également la possibilité d'intenter l'action *C. D.* Ils ont fait l'objet de discussions où nous ne voulons pas entrer ; il nous suffit qu'ils établissent la possibilité d'intenter les actions

Quant aux actions noxales, on en a parfois soutenu l'existence entre copropriétaires de l'esclave commun, pour dommage causé à l'un d'eux (1). Mais l'opinion négative autrefois admise (2) a survécu aux critiques dont elle avait été l'objet (3). De nombreux textes déclarent cette action impossible (4). La concordance de leurs témoignages, leur présence

de louage (Cf. Ein, *op. cit.*, p. 265-268 et les auteurs cités; y ajouter : Arno, *Le magnae varietates in tema di « lex Aquilia »*, *Studi Riccobono*, t. II, p. 178; M. Ernst Levy, *Konkurrenz*, t. II, p. 144, n. 5, observe avec raison que l'action *C. D.* n'est envisagée dans le premier texte qu'au moment du partage).

(1) M. Biondo Biondi (*Judicia b. f.*, *Ann... di Palermo*, t. VII (1918), p. 107-121) s'efforce de démontrer la possibilité d'intenter les actions noxales entre copropriétaires. Mais il invoque en sa faveur des textes qui concernent les actions dirigées contre le copropriétaire, sans idée de noxalité (D. 17, 2, 47, 1; 10, 2, 16, 5; 4, 9, 6, 1; 47, 10, 15, 36; 47, 10, 45; 17, 2, 45), et des textes qui concernent bien l'hypothèse où l'on pourrait donner l'action noxale, mais où celle-ci n'est pas autorisée entre indivisaires. Il répute ceux-ci interpolés par comparaison avec les précédents. C'est confondre deux cas distincts : la sanction du délit commis par un copropriétaire et celle du délit commis par l'esclave commun. Un seul texte (D. 47, 2, 62 (61), *pr.*) parle de l'action noxale, mais dans une incidente interpolée (Frezza, *op. cit.*, p. 73-80). On ne saurait fonder son opinion sur si faible témoignage (Cf. sur la discussion du texte, Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 259-262). Ailleurs (*Act. nox.*, *Ann... di Palermo*, t. X (1925), p. 116) le même auteur établit la possibilité d'intenter les actions pénales contre le maître et en déduit l'existence de l'action noxale au cas de délit de l'esclave commun. Mais les deux groupes d'actions ne permettent pas de conclure de l'un à l'autre. Dans le même sens, Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 105.

(2) Berger, *Teilungsklagen*, p. 163; Riccobono, *op. cit.*, p. 56.

(3) Perozzi, *Instit.*, t. I, p. 759; Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 251-264; Segré, *Comproprietà, Corso* (1930-1931), p. 164-166, qui signalait l'utilité de reprendre l'examen de la question (Frezza, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), spéc. p. 81).

(4) Ulpien (37 *ad ed.*), D. 9, 4, *de noxal. act.*, 8 : *Dominus enim pro parte factus non potest cum socio noxali experiri...*; Julien (2 *ad Urseium Ferocem*), D., *h. t.*, 41 (*infra*, p. 327, n. 3) (MM. Biondo Biondi, *Judicia b. f.*, *Ann. di Palermo*, t. VII, p. 112 et Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 120, ne font valoir aucun argument contre la pureté du texte, si ce n'est, ce qu'il faudrait prouver, que sa solution ne peut être classique : M. Biondo Biondi invoque sa contradiction avec D. 17, 2, 47, 1 et 4, 9, 6, 1. Mais ces textes ne concernent pas une action noxale, *supra*, p. 323, n. 3 et *infra*, p. 326, n. 2); Paul (19 *ad ed.*), D. 11, 3, *de servo corrup.*, 14, 2 (dont la pureté n'est pas contestée); Ulpien (41 *ad Sab.*), D. 47, 2, *de furtis*, 43, 12 (contre lequel on ne

dans des titres divers du Digeste, le fait qu'ils viennent tantôt de la *pars edictalis*, tantôt de la *pars Sabiniana* (1), doivent faire écarter le soupçon d'interpolation, qui, pour plusieurs d'entre eux, ne repose que sur d'assez faibles indices. Quant aux textes par lesquels on veut prouver l'utilisation des actions noxales entre copropriétaires, ils ne font pas mention de ces actions, et ce n'est que par une interprétation contestable que l'on a pu y trouver l'argument cherché (2).

peut relever d'indice formel d'interpolation; cf. Ein, *op. cit.*, p. 258); Africain (8 *Quaest.*), *h. t.*, 62, *pr.* (*eod.*, p. 259-262); Ulpien (57 *ad ed.*), D. 47, 10, *de injuriis*, 17, 9. Ce texte, comme celui tiré du Livre XLI *ad Sab.*, D. 47, 2, 43, 12, signale la différence de cette situation et de celle de l'usufruitier, qui, lui, pourrait intenter l'action noxale : *quia... dominus non est.* Il n'est pas surprenant de relever cette similitude si l'on reconnaît que les deux textes sont d'Ulpien, alors qu'elle paraît moins naturelle si on les attribue aux Compilateurs, qui auraient répété le même raisonnement dans deux livres différents et faisant partie de deux masses différentes (*pars Sabiniana* et *pars edictalis*).

(1) Voir cependant les réserves contre la valeur de cet argument faites par M. Riccobono, *Dal diritto romano classico...*, *Ann. di Palermo*, t. III-IV (1917), p. 208, n. 1.

(2) Paul (22 *ad ed.*), D. 9, 4, *de noxal. act.*, 10 (*supra*, p. 324, n. 2). *Eo nomine agere cum socio* ne signifie pas intenter une action noxale contre le copropriétaire. D'après la reconstitution de M. Lenel (*Paling.*, n° 368), la loi 10 est extraite de ce qui forme actuellement la loi 17, *pr.* (entre *ejus, partem fieri* et *illud iniquum est*) (Cf. Krüger, *Dig.*, *ad h. l.*, n. 9; Ein, *B. Ist. D. R.*, p. 252). D'après cela, le texte concerne l'action ouverte au propriétaire contre son copropriétaire, qui a diminué la valeur de l'esclave commun en lui laissant commettre un délit (*actio servi corrupti*). Cette action est possible à côté de l'action *C. D.* (l. 10). La mention de la *noxae deditio* concerne l'abandon que le copropriétaire, poursuivi par la victime du délit, aurait pu lui faire de l'esclave, ce qui aurait fait disparaître le bien commun, si l'indivision ne comprenait que cet esclave (*nihil praeterea post noxae deditionem commune habebit*). Un règlement analogue est prévu dans la suite du texte (*h. t.*, 17, 1, *Paling.*, n° 369) pour un esclave donné en usufruit : l'abandon noxal par le nu propriétaire oblige à des règlements avec l'usufruitier.

Paul (*eod.*), D. 4, 9, *Nautae caupon...*, 6, 1. Une expression aussi vague que *servi nomine* ne peut suffire à établir l'existence d'une action noxale contre le copropriétaire, alors que plusieurs jurisconsultes, dont Paul lui-même, déclarent cette action impossible (*supra*, p. 325, n. 4). Peut-être désigne-t-elle une action donnée directement contre l'*exercitor*, à raison du fait de l'esclave (Ein, *loc. cit.*, p. 254).

Malgré leur laconisme, les textes permettent de distinguer la raison qui fit refuser l'exercice de l'action noxale entre copropriétaires. Celle-ci est dirigée contre le détenteur de la puissance; or, précisément, ce serait ici un détenteur de la puissance qui l'intenterait. On comprendrait mal qu'un propriétaire veuille se faire indemniser du préjudice que lui cause son propre esclave, et dont il est pour partie responsable (1). D'autre part, dans la mesure où l'action noxale permet la punition du coupable par la victime, elle se révèle ici inutile : le propriétaire peut exercer son droit de correction sur l'esclave (2). Enfin, la réparation du préjudice sera, si quelque faute était imputable au copropriétaire, poursuivie lors de la liquidation de l'indivision (3).

C'est également le droit de propriété sur l'esclave qui fait obstacle à ce que ses maîtres puissent exercer entre eux l'action *de peculio*. Les textes ne signalent ici que l'action *communi dividundo* (4). Au contraire, l'action *de peculio* est donnée à l'usufruitier contre le nu propriétaire (5). De même, Gaius en autorise l'emploi entre cohéritiers qui ont contracté

(1) C'est peut-être pour cette raison qu'un texte d'Ulpien (18 *ad ed.*), D. 9, 2, *ad legem Aquiliam*, 27, 1 (s'il n'est pas interpolé, cf. *Index interp.*), permet l'*actio legis Aquiliae* noxale si le délit a été commis *tua voluntate*, alors qu'il la refuse au cas inverse. Dans ce cas, en effet, l'esclave a agi sur l'ordre d'un des maîtres, qui en a fait par là sa chose exclusive, tandis que normalement il dépend également de tous les copropriétaires. Ailleurs (57 *ad ed.*), le même jurisconsulte déclare (D. 47, 10, 17, 9) : *tunc non daremus socio actionem, ea propter, quia et ipse injuriarum tenetur.* Bonfante (*Corso*, II, 2, p. 23, n. 6) suspecte ce passage. Mais si l'exclusion des actions noxales était l'œuvre des Byzantins, ils ne l'auraient pas justifiée de cette façon. Ils auraient simplement dit que l'action *C. D.* suffisait à régler la situation.

(2) Ulpien (77 *ad ed.*), D. 47, 10, *de injur.*, 15, 36.

(3) Julien (2 *ad Urseium Ferocem*), D. 9, 4, *de noxal. act.*, 41 : *cum altero domino furti agi non potest, sed communi dividundo agi potest.*

(4) Ulpien (29 *ad ed.*), D. 15, 1, *de pecul.*, 19, 2 : *idem etiam contra eveniet, quamvis in duobus dominis sufficiat pro socio vel communi dividundo acio*; Paul (30 *ad ed.*), D., *h. t.*, 20 : *nam inter se agere socii de peculio non possunt.* Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 1148; Bonfante, *Scr. giur.*, t. III, p. 467; Berger, *Teilungsklagen*, p. 177 ; Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 291.

(5) Ulpien, D. 15, 1, 19, 2.

avec un esclave affranchi par le testament du *de cujus* (1). En effet, les cohéritiers, tout en se trouvant créanciers à raison du contrat qu'ils ont passé, sont débiteur *de peculio*, comme successeurs du maître de l'esclave. Mais ils ne sont pas eux-mêmes copropriétaires de l'esclave, puisqu'il a été affranchi; aussi l'action *de peculio* est-elle possible entre eux. C'est donc en tant que propriétaire de l'esclave que le créancier ne peut poursuivre *de peculio* les copropriétaires. De même qu'un propriétaire ne saurait intenter l'action noxale pour un délit commis par son esclave, de même ne peut-il agir *de peculio* pour faire valoir la créance qu'il a contre lui.

A côté des actions sanctionnant les obligations des indivisaires, les moyens de procédure garantissant leurs droits respectifs sur le bien commun étaient également invocables au cours de l'indivision.

Nous verrons plus loin l'usage qui fut fait des interdits *uti possidetis* et *quod vi aut clam* pour assurer le respect par chacun des droits de tous (2). Il suffira ici de relever l'exemple fourni par l'interdit *de aqua*. La servitude d'aqueduc pouvait faire l'objet d'une indivision d'un type un peu spécial, dont les bénéficiaires avaient coutume de régler l'usage par une attribution alternative de la jouissance (3). Si quelque difficulté surgissait entre eux, ils pouvaient recourir à l'interdit *de aqua* pour en obtenir le règlement (4).

Cet interdit ne rendait pas inutile l'action *communi dividundo* (5). Les deux moyens avaient un objet différent. L'action permettait de répartir l'usage entre les divers ayants

(1) (9 *ad ed. prov.*), D. 15, 1, *de pecul.*, 29, *pr.*

(2) *Infra*, p. 348.

(3) *Supra*, p. 164.

(4) Ulpien (70 *ad ed.*), D. 43, 20, *de aqua cot.*, 1, 26 : *Si inter rivales, id est qui per eundem rivum aquam ducunt, sit contentio de aquae usu, utroque suum usum esse contendente, duplex interdictum utrique competit.* Le § 22 envisage également l'usage de cet interdit entre personnes qui jouissent de l'aqueduc à tour de rôle.

Le caractère définitif de cet interdit est signalé § 44.

(5) Julien (41 *Dig.*), D., *h. t.*, 4; *supra*, p. 164, n. 3.

droit, s'ils ne l'avaient pas fait conventionnellement (*si... non convenit quemadmodum utantur, non erit iniquum utile judicium reddi*). Dans un certain sens elle opère un partage, mais un simple partage de jouissance qui ne fait pas disparaître l'indivision. L'interdit assurait le respect de cette jouissance, telle qu'elle avait été organisée par la convention ou l'arbitre. Par là, il se présente comme la sanction juridique des rapports d'indivision.

L'usage de la *cautio damni infecti* paraît également avoir été autorisé entre copropriétaires. C'est surtout à propos de la *paries communis* que les textes en font mention. Les voisins se garantissaient par là du dommage que pouvait causer à leur propre maison la chute du mur mitoyen. Alfenus Varus en signalait déjà l'emploi (1). Plus tard les chefs des écoles adverses, Sabinus (2) et Proculus (3), en font à leur tour mention.

Mais, tandis que nous n'avons de ces premiers jurisconsultes que de simples fragments traitant incidemment de la question, un texte de Pomponius l'expose avec plus de précision (4). La prestation de la *cautio*, d'après lui, est habituelle (*solent*) entre voisins. Elle est même nécessaire lorsque l'un d'eux édifia seul le mur mitoyen ou lorsque l'une des maisons est de plus de prix que l'autre. Dans les deux cas, en effet, le risque est inégal. Dans les cas où le risque est égal

(1) (2 *Dig.*), D. 39, 2, *de dam. inf.*, 43, 1 : *Cum parietem communem aedificare quis cum vicino vellet, priusquam veterem demoliret, damni infecti vicino repromisit adeoque restipulatus est.*

(2) Ulpien (43 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 40, 1, cite l'opinion de Sabinus relative à l'estimation du dommage causé *communis parietis vitio* et suppose la prestation de la *cautio*.

(3) (2 *Epist.*), D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 13, 1 : *...Si demolitus sit vicinus et ex stipulatu actione damni infecti agatur.*

(4) (21 *ad Sab.*), D. 39, 2, 39, *pr.* : *Inter quos paries communis est, aedificiorum nomine, quae quisque propria habet, stipulari damni infecti solent : sed tunc ea cautio necessaria est, cum aut alter solus aedificat et vitium ex opere futurum est, aut alter pretiosiora aedificia habet et plus damni sensurus sit decidente pariete : alioquin si aequale periculum est, quantum quis vicino praestat, tantum ab eo consequitur.*

pour les deux parties, elles fournissent chacune *cautio* pour la même somme.

L'usage de la *cautio damni infecti* pouvait cependant sembler une pratique inutile. En tant que copropriétaires du mur mitoyen, les voisins pouvaient faire les travaux nécessaires à sa solidité. Aussi Gaius (1), malgré l'opinion dominante (*plerisque*), hésite à reconnaître cette pratique. La *cautio* lui semble inutile, puisque le copropriétaire peut faire seul les réparations et s'en faire indemniser par l'action *communi dividundo* ou *pro socio*. Il fait valoir, en outre, que, d'après ses maîtres sabiniens, la *cautio* n'était pas admise entre copropriétaires d'une maison, car elle est un moyen subsidiaire, et ici chacun peut faire les réparations. Le même raisonnement doit, selon lui, la faire écarter

(1) (28 *ad ed. prov.*), D. 39, 2, 32 : *Si aedibus meis proximae sint aedes meae et tuae, quaeritur, an, si hae vitium mihi faciant, cavere mihi debeas pro damno propriarum mearum aedium, scilicet pro qua parte dominus existes. et hoc plerisque placet : sed movet me, quod ipse meas* (*eas*, Mo.), *aedes reficere possim et impensas pro socio aut communi dividundo judicio pro parte consequi. nam et si unas aedes communes tecum habui eaeque vitium faciant* [*et circa refectionem earum cessare videaris*], *nostri praeceptores negant cavere te debere, quia ipse reficere possim recepturus pro parte, quod impenderim, judicio societatis aut communi dividundo : ideo et interpositam cautionem minus utilem futuram, quia alia ratione damnum mihi posset sarciri. et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit : quod et in superiore casu intellegendum est.* Contre les interpolations proposées (Beseler, *Beiträge*, t. III, p. 56 [*et circa... videaris*] [*ideo...* à la fin]; Riccobono, *Communio*, p. 83 [*quia... aut*] [*et est plane...* à la fin]; Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 186-192, et Branca, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 258-262). *Et circa... videaris* semble en effet une adjonction, de style médiocre, dont le seul but est de préciser l'hypothèse. Mais la fin du texte (sauf la phrase *ideo... sarciri*) traduit peut être une conception classique. Sans doute le terme *plane* peut éveiller quelque soupçon, et l'expression *damnum alia actione sarciri* correspond assez mal au début du texte, qui parle de *refectio* préventive et de dépenses, non de *damnum* (Branca, *loc. cit.*), et de réparation matérielle, non d'action en justice. Cependant le texte complète heureusement le raisonnement : Gaius y signale le caractère supplétoire que les Sabiniens donnaient à la *cautio* et en tire un argument d'analogie (Cf. Segré, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 109).

lorsque l'immeuble commun menace de causer un dommage à l'immeuble propre d'un copropriétaire.

Ainsi, utilisant mais dépassant la solution de l'école sabinienne, qui refusait la *cautio* entre copropriétaires d'une maison indivise (1), Gaius propose une théorie qui lui est propre : la *cautio* devrait être refusée même si le dommage menace l'immeuble propre d'un des copropriétaires (2).

L'objection de Gaius ne modifia sans doute pas l'opinion commune, car Ulpien relate celle-ci sans la critiquer aucunement (3).

Mais, dans un autre domaine, un raisonnement analogue à celui qu'il avait proposé l'emporta : l'*operis novi nuntiatio* fut refusée aux copropriétaires, parce qu'ils avaient d'autres moyens de s'opposer à la confection de l'*opus novum*. Cette solution ne nous est donnée que par Ulpien (4). Cependant la mention, faite au paragraphe suivant, d'une opinion de Labéon, laisse supposer qu'elle remontait aux débuts de l'époque classique (5).

(1) Cette opinion ne nous est pas connue par ailleurs. Au contraire, Ulpien semble dire que Sabinus autorisait l'emploi de la *cautio* au cas de mur mitoyen (*supra*, p. 329, n. 2), et Pomponius, sabinien assez libre il est vrai (Krüger, *Histoire des sources*, p. 230), partage cette opinion (*supra*, p. 329, n. 4). Faut-il révoquer l'un de ces témoignages, ou leur contradiction s'explique-t-elle parce que les uns traitent d'une maison commune et les autres simplement d'un mur mitoyen ?

(2) Il ne faut pas invoquer ici Ulpien (18 *ad ed.*), *Coll.* 12, 7, 8, *i. f.* (D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, 27, 10). Le dommage que l'on craint (en l'espèce l'incendie) ne résulte pas de l'existence de la *paries communis*, mais du foyer voisin, et il n'est pas considéré comme pouvant atteindre cette *paries* mais le fonds propre (*ut metuam ne mihi des*). L'existence d'un mur indivis n'est donc pas prise en considération.

(3) *Supra*, p. 329, n. 2.

(4) (52 *ad ed.*), D. 39, 1, *de op. nov. nunt.*, 3, 1 : *...Plane si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius opus novum ei nuntiare, sed eum prohibebo* [*communi dividundo judicio vel*] *per praetorem*. La mention de l'action *C. D.* est interpolée, car cette action n'est pas possible en cours d'indivision pour régler l'exercice des droits de chacun ; *supra*, p. 318 sq. (Cf. Bonfante, *Sc. giur.*, t. III, p. 416-417 ; Branca, *Il regime degli atti di disposizione*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VI (1931), p. 268).

(5) *Infra*, p. 332, n. 1. Labéon traite d'un cas un peu différent, mais qui peut fournir un argument par *a fortiori* pour celui qui nous occupe.

Celui-ci, en effet, refuse l'*operis novi nuntiatio* lorsque l'*opus* sur le fonds commun cause préjudice au fonds propre d'un des propriétaires. Et il justifie cette solution en faisant observer que ce dernier peut, comme copropriétaire, s'opposer au travail projeté sur le fonds commun (1). Cette opinion est approuvée par Ulpien.

Ces cas suffisent (2), semble-t-il, à faire apparaître la diver-

(1) *Eod.*, § 2 : *Quod si socius meus in communi insula opus novum faciat et ego propriam habeam, cui nocetur, an opus novum nuntiare ei possim? Et putat Labeo non posse nuntiare, quia possum eum alia ratione prohibere aedificare, hoc est* [*vel*] *per praetorem* [*vel per arbitrum communi dividundo*] *: quae sententia vera est.* Sur l'interpolation de la mention de l'action *C. D.*, *supra*, p. 331, n. 4. Sur des interpolations plus étendues : Arangio-Ruiz, *Riv. it. Sc. giur.*, t. LII (1913), p. 239, et Bonfante, *Sc. giur.*, t. III, p. 417.

(2) Nous retrouverons (*infra*, p. 368 sq.) l'action *negotiorum gestorum*, et nous avons signalé (*supra*, p. 310, n. 4) la *vindicatio*, pour opérer le partage.

On a parfois signalé l'emploi des actions négatoires et confessoires, *finium regundorum, aquae pluviae arcendae* (Bonfante, *Scr. giur.*, t. III, p. 467; Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 467, 489-496; Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 154-180, 211-213). En réalité, il n'y a pas là d'action naissant des rapports d'indivision. Seul entrerait dans ce cadre l'action négatoire ou confessoire intentée entre copropriétaires du même fonds. Or, celle-ci est impossible, car *nulli res sua servit* : la servitude démembrement du droit de propriété ne peut appartenir au propriétaire (Paul (15 *ad Sab.*), D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 26; Ulpien (28 *ad Sab.*), D. 8, 4, *comm. praed.*, 6, 1; Marcellus (6 *Dig.*), D. 8, 5, *si serv. vind.*, 11). Au contraire, la servitude exercée sur un fonds propre à l'égard d'un fonds commun et *vice versa* (D. 8, 1, 8, 1; 8, 2, 30, 1; 8, 3, 27; 45, 1, 140, 2), ou celle qui est exercée entre deux fonds communs aux mêmes propriétaires (D. 8, 2, 30, 1; 8, 3, 34, *pr.*), ne concernent pas l'indivision. La servitude est exercée entre deux fonds distincts, et ce n'est pas l'indivision existant sur l'un d'eux ou sur tous les deux qui fait naître un conflit quant à son exercice. Le fait que l'une des parties est, en même temps que copropriétaire d'un fonds, propriétaire ou copropriétaire de l'autre, est une circonstance fortuite. En réalité, le litige a lieu entre deux fonds distincts (bien que l'*intentio* porte : *si paret A. A. jus esse...* ou *N. N. jus non esse*). La question est d'ailleurs débattue de savoir si la qualité de copropriétaire des parties ne fait pas obstacle à ce qu'elles puissent intenter l'action, et ce n'est que de ce point de vue qu'on peut rattacher cette question à l'étude des actions entre indivisaires. Cf. Branca, *op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VI (1931), p. 258. De même, lorsque deux copropriétaires demandent le bornage de leurs fonds, l'objet même du conflit prouve qu'il ne naît pas de l'indivision (Paul, 23 *ad ed.*, D. 10, 1, *fin.*

sité du régime classique en ce qui concerne les voies de droit ouvertes aux indivisaires. On a parfois voulu chercher un principe directeur rendant compte de ces solutions d'aspects contradictoires (1). Mais il a fallu le formuler en dehors des textes, car ceux-ci sont muets quant à son existence.

Il est permis de supposer que si les jurisconsultes n'ont indiqué nulle part la règle qu'ils suivaient pour décider de l'octroi ou du refus de telle action, c'est qu'ils n'en avaient pas. Nous voulons dire par là qu'ils n'obéissaient à aucun principe fixe, de caractère abstrait. Ils ne pouvaient en trouver les éléments dans la notion d'indivision, car celle-ci ne leur apparaissait pas comme un « corps juridique » distinct, pourvu d'un moyen procédural propre à régler les difficultés qu'elle soulevait. L'indivision n'était qu'une forme particulière que revêtaient certains droits. Une action spéciale existait seulement pour y mettre un terme par le partage. Par désir de simplification, on permit de régler par cette même action, lorsqu'elle serait intentée en vue du partage, les difficultés qu'aurait pu faire naître l'indivision. Mais au cours même de celle-ci, il fallait permettre à chacun de faire valoir ses prétentions. Parfois le droit sur la chose commune (*jus prohibendi, potestas* sur l'esclave) donnait pour cela le moyen suffisant. Mais ces cas étaient rares. Le plus souvent il était nécessaire de recourir à des actions. Et, comme différant en cela de la société, l'indivision n'était pas une institution autonome, on admit tout naturellement que les titulaires d'un droit indivis feraient valoir leur prétention de la même façon que ceux qui le possédaient exclusivement. C'est ainsi que la plupart des actions furent permises aux *socii*.

L'absence d'un concept distinct de l' « indivision », dont

reg., 4, 7 : le texte refuse l'action, mais M. Ein (*op. cit.*, p. 176-180) le croit interpolé et l'action lui semble nécessaire). Enfin, l'action *aquae pluviae arcendae* suppose aussi deux fonds distincts (Ulpien, 53 *ad ed.*, D. 39, 3, *de aqua et aquae pluviae arc.*, 6, 2 et 3 ; Paul, 49 *ad ed.*, *h. t.*, 11, 5).

(1) Par ex., M. Riccobono (*op. cit.*, p. 56-57) croit le trouver dans le refus des actions qui ne sont pas possibles contre le propriétaire, car le *socius* est propriétaire.

nous avons déjà relevé bien souvent les causes et les conséquences, fit accorder, de droit commun, l'exercice de toute action aux mêmes conditions qu'au titulaire exclusif du droit. Seules, celles qui semblaient inutiles furent interdites. Enfin, on put, lors du partage, opérer d'un seul coup les règlements qui auraient exigé de multiples procès, par l'action *familiae erciscundae* ou l'action *communi dividundo*.

CHAPITRE VI

LE RÈGLEMENT DES FAITS DE GESTION .

Dans un passage qui rapporte peut-être les termes mêmes de la formule, Ulpien indique les objets possibles des recours entre les *socii* : « *si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi* » (1).

Malgré ses trois chefs, le texte ne signale en réalité que deux causes diverses de recours : le dommage causé par un indivisaire, qui engage sa responsabilité; l'enrichissement illégitime réalisé par l'un d'eux, soit qu'il ait gardé pour lui seul le profit d'une acquisition commune, soit qu'un autre ait supporté seul des frais qui auraient dû grever tous les *socii*.

Mais Ulpien laisse en dehors de son énumération, parce qu'elle ne relevait pas des actions en partage, une troisième forme d'activité qui elle aussi pouvait léser les co-indivisaires : celle où le *socius*, par l'exercice de son droit, cause préjudice au droit des autres et commet par là un acte abusif.

(1) (30 *ad Sab.*), D. 10, 3, *C. D.*, 3, *pr.* (cf. Lenel, *Edictum*, p. 210-211) ; cf. Gaius (10 *ad ed. prov.*), D. 17, 2, *pro socio*, 34; C. J., 3, 37, *C. D.*, 4, 2 (294). D'après M. Lenel (*eod.*, p. 207) la formule de l'action *F. E.* aurait eu une autre rédaction : *deque eo quod in ea hereditate ab eorum quo, postea quam heres factus sit, gestum admissumve sit.* Au contraire, M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 108) croit retrouver dans le commentaire d'Ulpien l'allusion aux trois chefs : *damum datum factumve — abesse — pervenire.* Les textes ne permettent pas de trancher la question avec sécurité. Contre l'existence de cette clause, cf. Frezza, *op. cit.*, *supra*, p. 315, n. 3.

Ce sont ces trois questions qui feront l'objet du présent chapitre. Nous étudierons tout d'abord l'acte abusif et la *prohibitio* à laquelle il peut se heurter, puis la responsabilité des indivisaires, enfin les recours fondés sur la notion d'enrichissement injuste (1).

SECTION I

L'acte abusif et la « prohibitio ».

L'indivision est peut-être la situation juridique où la notion d'abus de droit est la plus facile à saisir. Elle suppose en effet l'exercice d'un même droit par plusieurs personnes sur une même chose, chacune ayant en principe la faculté d'exercer l'intégralité de son droit sur l'intégralité de la chose. Plus les pouvoirs concédés à chacun seront étendus, plus le conflit sera fréquent. Ils porteront d'autant plus vite atteinte au droit des autres que celui-ci, de son côté, bénéficie d'une égale extension. La zone où ces deux droits se superposeront, si l'on peut se servir de cette image spatiale, sera plus large ; or, c'est dans cette zone même qu'apparaît la notion d'abus.

Le droit romain classique avait considéré l'indivisaire comme le titulaire d'un droit, avant d'y voir celui dont le droit est limité par le droit d'autrui. Aussi lui avait-il concédé de larges pouvoirs (2), et par là même accru les possibilités de conflit. Pour s'opposer à l'exercice abusif de ces droits, il fallut donner à ceux qui pouvaient en être lésés un moyen de défense, désigné dans les textes sous le nom de *prohibitio*. Quelle était la nature de cette mesure et comment se réalisait-elle en pratique, tels sont les deux points que nous allons examiner.

(1) On peut voir là une construction un peu anachronique par les notions qui lui servent de cadres. Elle correspond néanmoins à des idées ressenties plus ou moins nettement dès l'époque classique, et l'étude de la *prohibitio* montrera que la notion d'abus du droit n'était pas étrangère aux jurisconsultes classiques et qu'ils reconnaissaient la distinction, parfois contestée, de l'abus et de la faute.

(2) *Supra*, chap. IV.

1. **Nature de la « prohibitio ».** — Le fondement même de cette mesure ne fait pas grande difficulté. Elle est la conséquence de l'égalité des droits reconnus à chacun. Elle est, en quelque sorte, la manifestation négative de ce droit, qui au lieu de se traduire par l'exercice qu'en ferait son titulaire, se traduit par la défense adressée aux autres d'user de leur propre droit.

Mais la nature de la *prohibitio* n'est pas aussi facile à déterminer. Elle a fait l'objet de nombreuses études, où l'ardeur combattive voisine avec une subtilité parfois raffinée (1). Sans entrer dans le détail de ces discussions, nous nous efforcerons de dégager des enseignements des textes la notion classique de la *prohibitio*.

Cette pratique, attestée dès le début de l'époque classique, paraît aux jurisconsultes une conséquence de l'égalité des copropriétaires (2). Sabinus affirmait déjà qu'un copropriété-

(1) D'un côté, Bonfante, reprenant les doctrines de Pacchioni, *Il jus prohibendi del condomino* (*Riv. dir. comm.*, 1912, t. I, p. 1030-1040), et de Fadda, *Consortium, collegia magistratuum, communio* (*Studi in onore di Brugi*, p. 139-150), considère que la *prohibitio* est un acte positif arrêtant l'activité de chacun : *Il jus prohibendi nel condominio* (*Scr. giur.*, t. III, p. 382-433, où il a précisé sa doctrine p. 418-422 et 426-427); *Postilla* (*Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 602-618); *L'azione autonome del condomino* (Note sous Cass. Turin, 1913, *Scr. giur.*, t. III, p. 494-504); *I poteri della maggioranza* (Note sous Cass. Naples, 1913, *eod.*, p. 485-493) et en dernier lieu, *Istit.*, p. 293, n. 2. De l'autre, Perozzi, croyant à la nécessité du concours de tous à l'acte, estime que la *prohibitio* résulte de l'absence de ce consentement : *Un paragone in materia di comproprietà* (*Mélanges Girard*, t. II, 1912, p. 354-386); *Condominio e collegialita negli scritti di due miei censori* (*Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 564-602), et cette conception est à peu près celle de M. Riccobono, *Communio*; cf. également, Scialoja, *Proprietà*, t. I (p. 455-456), et Branca, *Il regime degli atti di disposizione...*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VI (1931), p. 218 sq.; Segré, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 122-130. L'analogie que l'on a voulu tirer de la collégialité des magistrats ne nous semble pas pouvoir donner la solution de cette question de pur droit privé.

(2) Papinien (7 *Quaest.*), D. 10, 3, *C. D.*, 28 : *Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi jus esse : in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat.* [*sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere*

taire ne peut rien faire *invito altero*, et Papinien trouve dans cette règle la manifestation du *jus prohibendi*. Il ajoute que les copropriétaires ayant des droits égaux, c'est celui qui en fait un usage négatif, pour empêcher l'autre d'agir, qui l'emportera.

Le principe posé par Sabinus soulève deux difficultés : qu'entend-il par *jure facere* et par *invito altero* ? Du sens attribué à ces deux termes dépend l'opinion adoptée quant à la nature de la *prohibitio*.

1. — Selon Bonfante il faudrait compléter la première expression par l'adjonction du mot *servitutis* : *jure <servitutis> facere* (1), car Paul, dans son commentaire *ad Sabinum* (D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 26), écrit : « *In re communi nemo dominorum jure servitutis neque facere quicquam invito altero potest...* ». Sabinus n'aurait donc fait que reconnaître l'impossibilité pour le copropriétaire d'invoquer en sa faveur une servitude sur le fonds commun, et par là aurait affirmé le droit d'agir *jure dominii*.

Le lien entre les deux textes n'est cependant pas aussi cer-

poterat, hoc praetermisit : et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quid absente socio ad laesionem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur]. Le texte est un de ceux qui ont le plus retenu l'attention des romanistes traitant de l'indivision (Cf. surtout Perozzi, *op. cit.*, *Mélanges Girard*, t. II, p. 359-378 ; Bonfante, *Il jus prohibendi...*, *Scr. giur.*, t. III, p. 402-407 ; *Corso*, II, 2, p. 33-36 ; Riccobono, *Communio*, p. 35-36 ; Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 454-456). Il se compose de deux parties bien distinctes : Les trois premières propositions (jusqu'à *sed esti*) contiennent l'affirmation d'une règle et ses conséquences logiques ; la fin du texte envisage une série d'hypothèses, et est à bon droit tenue pour interpolée plus ou moins largement par MM. Segré, Perozzi, Bonfante, Berger, Arangio-Ruiz, Riccobono, Guarneri Citati, Scialoja, etc. (Cf. *Index interp.* et y ajouter Branca, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VI (1931), p. 222). Outre les indices formels : *Sed etsi*, *<re> communi*, *hoc praetermisit*, *et ideo*, *sin autem*, *quod si*, etc., et les fautes de style (le sujet de *poterat* est le *socius* qui a fait l'acte critiqué, alors que ce devrait être celui qui s'en plaint), l'accumulation des hypothèses diverses dans un même texte trahit l'intervention des Byzantins.

(1) *Scr. giur.*, t. III, p. 430-497 ; *Corso*, t. II, p. 34. M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 233, n. 2) l'avait déjà suggéré.

tain qu'il semblerait tout d'abord (1). Celui de Paul est extrait du Livre XV *ad Sab.*, relatif aux servitudes (2), tandis que celui de Papinien provient du Livre VII des *Quaestiones*, et sans doute d'un passage consacré aux actions en partage (3). On ne peut donc assurer que Papinien et Paul aient utilisé le même fragment (4). Un passage de Pomponius, extrait lui aussi d'un commentaire *ad Sabinum* (5), signale le *jus aedificandi* du copropriétaire sans y avoir l'exercice d'une servitude (6). Cela confirmerait l'idée que *jure*, dans le passage de Papinien, désigne non pas le droit de servitude, mais le droit qui appartient au copropriétaire sur la chose : la copropriété (7). Cette interprétation est plus satisfaisante ; au lieu de faire dire au texte une chose que nous savons par ailleurs, l'impossibilité de prétendre à l'exercice d'une servitude sur la chose dont on est copropriétaire (ce qui est tout naturel, puisque la servitude ne peut exister en

(1) En faveur de ce rapprochement, Krüger, *Dig.*, *ad h. l.*, n. 17.

(2) Lenel, *Paling.*, n° 1880.

(3) En ce sens, Lenel, *eod.*, n° 140. Le point n'est cependant pas certain, car le Livre VII traite aussi des servitudes.

(4) Allant plus loin, M. Riccobono (*Communio*, p. 38) propose de corriger le texte de Paul : *nemo dominorum neque facere jure quicquam invito altero potest* < *neque prohibere jure servitutis quominus alter faciat* >, pour le mettre en harmonie avec ceux de Pomponius et de Papinien.

(5) (33 *ad Sab.*), D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 27, 1 : *Si in area communi aedificare velis, socius prohibendi jus habet, quamvis tu aedificandi jus habeas a vicino concessum, quia invito socio in jure communi non habeas jus aedificandi.* Bonfante (*Scr. giur.*, t. III, p. 414) croit interpolée la fin du texte depuis *quia*, car elle postulerait le régime du *consensus ominum*, qui n'est pas classique. Mais la phrase ne fait que rejeter l'impossibilité d'agir *invito altero*, ce qui ne signifie pas : sans le consentement des copropriétaires (*infra*, p. 340-343). Il suffit pour éclairer le texte de remplacer *in jure* par *in re* (en ce sens, Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 456). Le texte est extrait d'un livre consacré aux servitudes, ce qui s'explique par l'allusion à la servitude, reconnue au copropriétaire par le voisin.

(6) Le rapprochement était déjà fait par M. Lenel, *Paling.*, Pomponius, n° 783, n. 2.

(7) Cet emploi de *jure* (*facere*) sans complément, pour désigner l'exercice de « son droit », se retrouve dans d'autres textes : par ex., Pomponius, 8, 2, 27, *pr.* (*infra*, p. 347, n. 4).

faveur du propriétaire), elle présente une idée nouvelle : le copropriétaire ne peut, sans dépasser son droit, faire quelque chose *invito altero*. L'acte accompli dans ces conditions n'est pas fait *jure*, il dépasse l'exercice normal du droit; il est, pour employer une terminologie moderne, abusif (1).

2. — La fixation des cas où l'acte présente ce caractère dépend du sens de la seconde expression : *invito altero*. On peut, en effet, lui en reconnaître deux : « sans le consentement des copropriétaires » ou « malgré leur opposition ». On a parfois soutenu qu'*invitus* ne pouvait avoir qu'un sens, et tantôt on a déclaré qu'il signifiait toujours « sans le consentement de » (2), tantôt qu'il ne pouvait exprimer que l'opposition (3). Sur ce thème, les auteurs se sont livrés aux discussions les plus subtiles, et peut-être aussi les plus vaines. Ulpien, contemporain de Papinien, nous apprend en effet que le terme peut avoir les deux sens (4), et que dans certains cas c'est le sens large de « sans le consentement de » qu'il faut lui attribuer. Il en est ainsi en matière de servitude (5). Recherchant le sens du terme au cas d'indivision, cette indication ne peut nous être d'aucun secours. On ne saurait davantage espérer découvrir le sens courant de cette expression, puisque, d'après Ulpien, il était double. Il faut donc

(1) Cette interprétation est confirmée par les Basiliques : 12, 2, 28 (Heimbach, t. I, p. 814), qui ne font aucune allusion à un *jus servitutis*, mais disent : οὐκ ἔστι δίκαιον. Dans le même sens, Riccobono (*Communio*, p. 37-38), Branca (*op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VI (1931), p. 225, 232).

(2) Perozzi, *Mélanges Girard*, t. II, spéc. p. 363-368 ; *Riv. dir. comm.*, 1913, t. I, p. 575-580; Branca, *op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VI (1931), p. 223.

(3) Fadda, *Studi in onore di Brugi*, p. 145 ; Pacchioni, *Riv. dir. comm.*, 1912, t. I, p. 1034.

(4) (8 *ad ed.*), D. 3, 3, *de procur.*, 8, 1 : *...Invitum accipere debemus non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque qui consensisse non probatur*; cf. Heumann-Seckel, v° *Invitus* : « einer *wider* oder *ohne* dessen *willen* etwas geschicht ».

(5) (17 *ad ed.*), D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 5 : *Invitum autem in servitutibus accipere debemus non eum qui contra dicit, sed eum qui non consentit*; cf. D. 23, 2, 45, 5.

s'efforcer de déterminer celui qui lui est donné dans notre texte, ou dans les textes analogues relatifs à la même règle.

On doit tout d'abord remarquer que de l'impossibilité d'agir *invito altero*, Papinien déduit l'existence du *jus prohibendi* et la supériorité du *prohibens*. On est par là même incité à conclure qu'*invitus* désigne l'auteur d'une *prohibitio* (1). Le même rapprochement est fait par d'autres textes, relatifs au *jus prohibendi*, peut-être interpolés (2), mais rien ne permet de penser que le sens d'*invitus* se soit modifié au Bas-Empire. Dans d'autres textes, relatifs à la divergence entre les indivisaires, *invitus* a encore ce même sens d'opposition, et non pas seulement d'absence de consentement (3). Bien plus, la traduction du terme par les auteurs grecs prouve qu'ils l'interprètent comme signifiant « contre la volonté de » (4).

Le principal argument invoqué en faveur du sens large de « sans le consentement », c'est que ce consentement était

(1) Perozzi (p. 366-367) pense que le texte ne ferait que se répéter si la première phrase signifiait que l'on ne peut agir contre le gré d'autrui, puisqu'il continue : *unde manifestum est prohibendi jus esse.* Il faut que cette phrase fasse progresser la pensée. Mais cette condition est remplie avec le sens que nous proposons. Le texte déduit l'existence d'un *jus prohibendi* de la constatation d'un fait : l'impossibilité d'agir malgré les autres. D'une impossibilité de fait, on conclut à un principe juridique positif. Il faut d'ailleurs noter que la première phrase rappelle l'opinion de Sabinus, alors que la seconde exprime la règle qu'en tire Papinien (*manifestum est* ne dépend plus de *ait*).

(2) D. 8, 2, 27, 1 (*supra*, p. 339, n. 5) : *socius prohibendi jus habet... invito socio* ; 8, 5, *si serv. vind.*, 11 : *An... invitis ceteris jure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis...* ; 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 26... : *neque facere... invito altero... neque prohibere quo minus alter faciat.*

(3) Par ex., Ulpien (30 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 43 : *...et praesentibus ceteris et invitis poterit vel unus arbitrum poscere.* Cujas (t. III, col. 209 B) déclare : *id est contradicentibus... quod apertius in Basilicis* (42, 3, 42 : Heimbach, t. IV, p. 274) *his verbis est expressum* : ὁ εἷς κληρονόμος καὶ παρόντων καὶ ἀντιλεγόντων καὶ ἀπόντων τῶν ἀλλῶν.

(4) Basiliques, 12, 2, 28 (D. 10, 3, 28) : Παρὰ γνώμην τοῦ κοινωνοῦ et la sc. ὁ κοινωνός : ἄκοντος τοῦ ἑτέρου (Heimbach, t. I, p. 814). Cf. *eod.*, 58, 2 (D. 8, 2, 27, 1) et 58, 5 (D. 8, 5, 11) ; *Suppl.* Ferrini, p. 140 et 143 : παρὰ γνώμην.

toujours nécessaire à la validité des actes des copropriétaires. C'est donc, avant tout, une conception générale de l'indivision qui conduit à adopter ici un sens plutôt qu'un autre. Nous avons essayé de montrer que la règle n'était pas aussi rigide, et que de nombreux actes, en particulier des actes matériels, pouvaient être accomplis par les copropriétaires isolément. Il y a même un certain cercle vicieux, dans l'opinion que nous contestons, car ses défenseurs reconnaissent eux-mêmes (1) que le texte de Papinien fournit le meilleur argument pour établir la nécessité du *consensus omnium*. Il ne peut remplir cet office que si par *invitus* on entend l'absence du consentement, ce qui précisément ne paraît s'imposer qu'en postulant la doctrine que l'on veut démontrer.

Si donc il y a une pétition de principe à la base de la traduction d'*invitus* par « sans le consentement de », il vaut mieux, avec les indices des textes, confirmés par l'interprétation des scoliastes grecs, entendre par là l'opposition formelle qu'un des copropriétaires ferait à l'acte (2).

On a objecté que ce régime permettait de profiter de l'absence d'un *socius*, pour faire à son insu un acte lui causant préjudice. Si l'acte est possible dès lors qu'il n'y a pas eu de *prohibitio*, la fraude se trouverait légitimée (3). On pourrait répondre que cette fraude reste possible malgré l'exigence d'un consentement préalable. Dans ce système, également, l'acte accompli en l'absence du copropriétaire n'en existera pas moins. Mais il faut distinguer, de la matérialité du fait, la légitimité de la situation qui en résulte. M. Branca (4) a cru trouver la condamnation de celle-ci dans deux décisions de Proculus relatives à la pose de tuyaux contre un mur mitoyen :

(1) Par ex., Perozzi, *Mélanges Girard*, t. II, p. 360.

(2) Cette solution est confirmée par Julien (21 *Dig.*), D. 27,10, *de cur. fur.*, 7, 3, en matière de pluralité de curateurs, qui affirme la validité des actes passés par l'un d'eux seul, sauf si l'autre s'y est opposé (*vetare*) (Cf. Lecomte, *La pluralité de tuteurs*, p. 74-82).

(3) Perozzi (*op. cit.*, p. 374).

(4) *Op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VI (1931), p. 234-238.

« *non licet autem tubulos habere admotos* » (1); « *fistulam junctam parieti communi... non jure haberi Proculus ait* » (2). Ces textes ne concernent pas en effet l'accomplissement même de l'acte, mais la situation qui en résulte. Celle-ci est déclarée illégale. Nous avons dit le manque de précision de ces textes et les hésitations d'Ulpien en présence de leurs affirmations (3). Il y a donc quelque danger à vouloir en déduire des enseignements pour le problème qui nous occupe. Mais alors même que l'on se hasarderait sur cette voie, ils ne semblent pas démontrer nécessairement l'exigence d'un accord préalable. Selon M. Branca, la situation résultant d'un acte fait sans le consentement exprès des *socii* est entachée d'un vice qui ne peut se couvrir. Au contraire, l'opposition qui n'est pas intervenue en temps voulu ne peut plus se manifester après l'acte, qui se trouve par là même validé. Si donc Proculus déclare illégitimes de telles situations, c'est que le *consensus omnium* leur fait défaut.

C'est, nous le répétons, dépasser de beaucoup la portée du texte de Proculus. Celui-ci ne fait même pas allusion à la *prohibitio* ou à son absence (4). Rien ne permet d'y distinguer une différence entre les effets d'une opposition expresse et ceux d'un simple défaut de consentement. Le caractère illicite de la situation peut fort bien résulter de ce que l'acte a été accompli à l'insu du copropriétaire de la *paries communis*, ce qui a mis ce dernier dans l'impossibilité de manifester son opposition. C'est une fraude de ce genre que suppose le texte de Proculus, car si le *socius* avait eu connaissance de l'acte projeté et qu'il ne s'y soit pas opposé, il ne pourrait être admis à le dire illégal (5).

(1) D. 8, 2, 13, *pr.* (*supra*, p. 265, n. 5).

(2) D., *h. t.*, 19, *pr.* (*supra*, p. 265, n. 4).

(3) *Supra*, p. 265-266.

(4) La mention de la *prohibitio*, D., *h. t.*, 19, *pr.*, se réfère à deux hypothèses différentes de celle envisagée au début du texte.

(5) Il semble que dès l'époque classique une *prohibitio* intervenant après l'accomplissement de l'acte soit inefficace, sauf peut-être si le *socius* n'avait pu avoir connaissance de l'acte. Cette solution résulte de la finale remaniée

L'interprétation à laquelle nous aboutissons ainsi met à la base du système une présomption d'accord entre les copropriétaires, qui n'est infirmée que par la manifestation de leur opposition. C'est là, il faut le reconnaître, un régime plus normal que celui qui ferait de l'accord un cas exceptionnel, dont la preuve devrait résulter d'un consentement formel. Car si le désaccord existait de façon régulière entre les copropriétaires, on ne comprendrait pas que leur premier soin ne fût de demander le partage, au lieu de maintenir le régime indivis (1).

La *prohibitio* n'est donc qu'un moyen préventif pour s'opposer à l'acte d'un copropriétaire qui porterait atteinte au droit que l'on a sur la chose. C'est l'usage négatif de ce droit, pour éviter qu'un autre, en usant du sien, ne cause préjudice.

3. — L'exercice du *jus prohibendi* soulevait une question délicate. Celui qui veut agir ne fait, comme celui qui le lui défend, qu'user de son droit : entre ces deux prétentions rivales, fondées sur un droit identique et contradictoires, laquelle l'emporterait? Papinien répond à cette question, en donnant la préférence à celui qui interdit d'agir : « *In re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat* ». Le motif de cette décision avait déjà été donné par Marcellus (2) dans

du texte de Papinien (D. 10, 3, *C. D.*, 28, *supra*, p. 337, n. 2), dont le fond serait cependant classique sur ce point (en ce sens, Bonfante, *Corso*, II, 2, p. 35; E. Levy, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 283). Cf. D. 8, 5, 11, *infra*, n. 2.

(1) Pour Bonfante (*Scr. giur.*, t. III, p. 418) le principe est également « *la tacita o presunta adesione* ».

(2) (6 *Dig.*), D. 8, 5, *si serv. vind.*, 11 : *An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris jure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri jus sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint jus sibi prohibendi esse vel illi jus aedificandi non esse : et si aedificatum jam sit, non possit cum eo ita experiri jus tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse jus socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque jus praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti jure communi velit.*

Ici encore Bonfante propose, avec cependant quelques hésitations, de

un texte qui, malgré les critiques, semble traduire la conception classique. L'acte positif d'un copropriétaire aboutit à la création d'une situation nouvelle, qui peut être dommageable aux autres et dont on aura quelque peine à faire disparaître les effets. Au contraire, l'interdiction d'agir sera levée si elle avait été portée à tort, et le *socius prohibitus* n'aura subi qu'un retard. Tandis que le *prohibens* empêche simplement d'exercer son droit, le *prohibitus*, si l'on ne l'avait arrêté, aurait en quelque façon exercé le droit d'autrui : « *quodammodo sibi alienum quoque jus praeripit* ».

4. — La gravité de l'acte positif apparaît d'autant plus manifeste que tous les textes qui signalent le *jus prohibendi* concernent des constructions faites sur le fonds commun. Les travaux auxquels elles auront donné lieu ont pu y apporter des modifications impossibles à faire disparaître. Dans ce domaine des actes matériels, les fictions juridiques de la nullité ou de l'inexistence ne sauraient avoir cours, et l'on s'explique que l'on ait donné la préférence à la passivité, qui réserve l'avenir et laisse les choses en état.

C'est, en effet, le dernier caractère qu'il convient de relever à propos du *jus prohibendi*. Sans qu'aucun texte en limite formellement l'application aux actes matériels, c'est

rétablir *jure <servitutis>* (*Scr. giur.*, t. III, p. 394, 399, 430) et M. Lenel (*Edictum*, p. 190) invoque le témoignage de ce texte en faveur de l'action prohibitoire de servitude. Mais ici, pas plus que pour le texte de Papinien (*supra*, p. 338), cette correction ne s'impose. Elle est même plus difficile à justifier, car le Livre VI des *Digesta* de Marcellus traite de la société, alors que c'est le Livre IV qui est consacré aux servitudes. M. Beseler (*Beiträge*, t. I, p. 79) tient pour une glose préjustinienne la phrase explicative « *id est... habere* ». Le passage est en effet mal rédigé et accumule mal à propos des hypothèses multiples. La fin du texte a pu également faire l'objet de retouches, mais il n'y a pas de raison de suspecter l'affirmation de la supériorité du *jus prohibendi*, conforme à l'opinion qu'émettra Papinien (*Contra*, Pacchioni, *Corso* (2e éd.), II, p. 328, n° 607). M. Branca (*op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VI (1931), p. 228-229) estime classique l'ensemble du texte. Selon lui, les Compilateurs auraient simplement supprimé, après *quaeritur*, la réponse à la question posée, c'est-à-dire la mention des diverses actions pour sanctionner les diverses situations exposées au début.

pour eux seuls, en fait, que son existence est attestée. Deux passages d'Ulpien rapprochent la *prohibitio* d'une autre mesure dirigée contre les actes matériels : l'*operis novi nuntiatio* (1).

On ne saurait donner une justification pleinement satisfaisante de cette particularité (2). Il eut été aussi opportun d'autoriser l'usage de ce moyen préventif contre des actes juridiques dont les conséquences s'étendaient à l'ensemble du bien commun. Le recours en indemnité ne saurait effacer pleinement le préjudice que l'acte a pu causer. Toutefois, il ne faut pas oublier que les actes juridiques susceptibles d'accomplissement *in solidum* de la part d'un seul sont relativement peu nombreux. En dehors de la vente du gage par un co-créancier, seules certaines actions étaient ouvertes à chacun des indivisaires. L'affranchissement de l'esclave n'était permis qu'après rachat par celui qui voulait l'affranchir, ou lorsque les copropriétaires avaient refusé par dol d'y participer. Le plus souvent l'acte nécessitait le concours de tous, et la nullité qui sanctionnait cette exigence rendait moins nécessaire la *prohibitio*. Ces considérations de fait expliquent une anomalie, qui laisse apparaître un manque d'harmonie dans la construction générale du régime, plutôt qu'une lacune grave dans son fonctionnement pratique.

II. **Sanction de la « prohibitio ».** — Reste à savoir comment, à l'époque classique, le copropriétaire faisait respecter sa *prohibitio*. Les textes dans leur état actuel signalent l'emploi de trois moyens : l'action *communi dividundo*, les interdits *uti possidetis* et *quod vi aut clam*, la violence exercée contre le *prohibitus* (3).

(1) *Supra*, p. 331, D. 39, 1, 3, 1-2. Cf. Paul (6 *ad Sab.*), D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 19, *pr.*

(2) Cf. Branca, *op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VI (1931), p. 251-254.

(3) L'exercice de l'action négatoire, parfois signalé par les interprètes (voir en dernier lieu, Segré, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 117-122, 167), impliquerait que cette action est possible pour faire valoir un droit autre que celui de servitude, car la *prohibitio* n'est pas fondée sur un *jus servi-*

Le premier procédé ne peut appartenir à l'époque classique, où les actions en partage étaient inutilisables au cours de l'indivision. L'interpolation, par laquelle cette solution fut introduite dans les textes, a depuis longtemps été démontrée (1).

Le dernier a parfois été considéré comme le seul possible à l'époque classique (2). On fait valoir que le recours à la violence existait en bien des domaines et que les rapports entre copropriétaires ne durent pas échapper à ces pratiques. La chose est possible et même vraisemblable. Cependant les textes où l'on en a voulu trouver la confirmation ne sont pas concluants. Certains ne concernent pas l'indivision (3). Les autres sont muets sur la légitimité de ce recours à la force (4).

Quoi qu'il en soit, il n'y aurait jamais eu là qu'une pratique extra-judiciaire, une simple faculté laissée au copropriétaire de faire respecter lui-même son droit. Aucun texte ne présentant cet acte comme prescrit par la loi, il est difficile de lui reconnaître le caractère d'une sanction légale (5).

tutis. Les textes sont peu nets : si l'on peut invoquer en sa faveur le témoignage de Pomponius (D. 8, 5, 14, 1), Javolenus la repousse (D. 33, 3, 4).

(1) *Infra*, Ch. VIII.

(2) Riccobono, *Communio*, p. 64-76. *Contra*, Segré, *La comproprietà*, *Corso*, 1930-1931, p. 127, n. 1.

(3) Par ex., D. 8, 5, 6, 1, et 39, 1, 5, 10, cités par Bonfante, *Jus prohibendi* (*Sc. giur.*, t. III, p. 389, n. 2); 9, 2, 29, 1, cité par M. Riccobono, *loc. cit.*, p. 40.

(4) Par ex., D. 8, 5, 11 (*supra*, p. 344, n. 2), où M. Riccobono voudrait trouver une allusion à cette pratique dans les mots : *alienum quoque jus praeripit* (*op. cit.*, p. 40); également Pomponius (33 *ad Sab.*), D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 27, *pr.* : *Sed si inter te et me communes sunt Titianae aedes et ex his aliquid non jure in alias aedes meas proprias immissum sit, nempe tecum mihi agere licet aut rem perdere. idem fiet, si ex tuis propriis aedibus in communes meas et tuas aedes quid similiter esset projectum : mihi enim soli tecum est actio.* Avec la glose, M. Riccobono interprète *rem perdere* comme désignant le droit pour le *socius prohibens* de détruire le travail de sa propre autorité. Mais Cujas avait proposé une autre interprétation : *libertatem aedium mearum amittere* (*Comm. in Tit. II, Lib. VIII ad l. 26*, t. VII, col. 414 C), et les anciens auteurs hésitaient sur le sens de ce passage obscur. Il est aujourd'hui tenu pour interpolé par Scialoja, *Dig.*, et Bonfante, *Corso*, II, 1, p. 383, n. 2. C'est donc un faible indice, qu'aucun texte ne vient confirmer.

(5) M. Branca (*op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VI (1931), p. 245-246) note

Reste le troisième procédé : le recours aux interdits. Ulpien le signale à deux reprises pour justifier le refus de l'*operis novi nuntiatio* entre copropriétaires. On pourra, dit-il, recourir au préteur (1). Et cette formule est éclairée par la mention qu'il fait ailleurs de l'interdit *uti possidetis* (2), non plus il est vrai pour sanctionner une *prohibitio*, mais pour en obtenir la levée dans un cas où elle semblait injustifiée. L'interdit apparaît comme le moyen juridique de sanctionner les conflits naissant de l'exercice du *jus prohibendi* (3), soit pour le faire respecter, soit pour l'écarter s'il est mis en jeu à tort.

L'interdit *uti possidetis* n'est pas la seule sanction de la *prohibitio*. Ulpien signale également l'usage de l'interdit *quod vi aut clam* (4), et cette dualité de moyens pose la question de leur domaine d'application respectif. D'après M. Branca (5), l'interdit *uti possidetis* servirait à s'opposer aux obstacles mis à la jouissance par un copropriétaire (« *non per realizzare l'impedi-*

en outre que ces actes matériels ne pouvaient tendre qu'à la destruction de l'ouvrage, non à l'interdiction de l'accomplir.

(1) D. 39, 1, 3, 1-2; *supra*, p. 331, n. 4 et p. 332, n. 1.

(2) (71 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 12 : *Si aedes communes sint aut paries communis et eum reficere vel demolire vel in eum immittere quid opus sit* [*communi dividundo judicio erit agendum aut*] *interdicto uti possidetis experimur.* Le texte est interpolé, et l'on a parfois soutenu que c'était la mention de l'interdit qui était byzantine (Cf. Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 216, n. 1 et la réfutation; y ajouter Frezza, *op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 106). Mais c'est celle de l'action *C. D.* qui ici, comme dans d'autres textes, fut ajoutée par les Compilateurs (Cf. Branca, *op. cit.*, p. 274). Cette interpolation, connue par ailleurs, est ici confirmée par le fait qu'Ulpien traitait au Livre LXXI des interdits, et que l'on comprendrait mal le motif qui aurait poussé les Byzantins à en introduire la mention ici.

(3) M. Riccobono (*Communio*, p. 82) objecte à ce système l'inefficacité de l'interdit entre deux possesseurs dont aucun ne possède *vi, clam aut precario alius ab alio* (D. 43, 17, 3, *pr.*; *supra*, p. 145, n. 1). Mais c'est qu'ici l'interdit n'a pas pour objet de déterminer le possesseur (tous deux le sont au même titre), mais d'empêcher une modification à l'état de choses existant (Cf. Branca, *op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 274-275; Segré, *Comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 112).

(4) (71 *ad ed.*), D. 43, 24, *quod vi aut clam*, 13, 3 : *Si ex sociis communis fundi unus arbores succiderit, socius cum eo hoc interdicto experiri potest, cum ei competat, cujus interest.*

(5) *Op. cit.*, p. 273-275.

mento all' opera altrui, ma per impedire e respingere l'impedimento altrui all' opera propria »), tandis que l'interdit *quod vi aut clam* serait dirigé contre les actes positifs par lesquels le copropriétaire exerce son droit de façon abusive. Et l'auteur appuie cette opinion par l'énumération de textes, où le premier interdit est dirigé contre un empêchement à l'exercice du droit, tandis que le second l'est contre un *opus novum*.

Tout en reconnaissant que les deux textes d'Ulpien permettent cette interprétation, on hésite à adopter cette hypothèse. Elle fait une discrimination anormale dans le domaine des deux interdits. L'interdit *uti possidetis* doit assurer le respect d'une situation existante, et pour cela il met aussi bien obstacle à un acte positif qu'à une interdiction d'agir injustifiée (1). Au contraire, l'interdit *quod vi aut clam* tend à remettre dans son état premier une situation illégalement modifiée (2). Les textes montrent que l'usage des deux interdits en matière d'indivision est conforme à leur fonction générale. Tandis que le second est intenté à la suite de l'accomplissement d'un acte défendu, le premier tend à faire respecter préventivement la situation et les droits de chaque copropriétaire. Selon la terminologie habituelle, applicable au cas de copropriété comme à celui de propriété exclusive, l'interdit *uti possidetis* est prohibitoire, l'interdit *quod vi aut clam*, restitutoire.

SECTION II

Responsabilité des indivisaires.

L'activité des *socii* engage leur responsabilité. Au moment du partage, ils seront contraints à indemniser « *si quid in his damni datum factumve sit* » (3).

Les textes ont d'ailleurs soin de préciser que le dommage doit avoir été causé pendant l'indivision, c'est-à-dire lorsque

(1) Ulpien (69 *ad ed.*), D. 43, 17, *uti possidetis*, 1, 1 et 4.
(2) Ulpien (71 *ad ed.*), D. 43, 24, *quod vi aut clam*, 1, 1.
(3) D. 10, 3, 3, *pr.* (*supra*, p. 335); cf. C. J., 3, 36, *F. E.*, 19 (293).

le cohéritier a recueilli sa part successorale (mais pas avant le décès du *de cujus*), ou lorsqu'une personne quelconque se trouve en indivision. Et il ne suffit pas de l'existence de l'indivision, il faut en plus que l'auteur de l'acte sache qu'il se trouve en indivision, solution logique, car tel acte qui serait licite de la part d'un propriétaire exclusif ne l'est plus de la part d'un copropriétaire (1).

1. Responsabilité délictuelle. — Les textes signalent le recours exercé entre *socii* au cas où l'un d'eux s'est rendu coupable d'un délit : dégâts matériels commis sur le fonds, blessure ou corruption morale d'un esclave commun (2), destruction des titres héréditaires dont on lui avait confié le dépôt (3). Si le recours est le plus souvent exercé au moment du partage par l'action *familiae erciscundae* ou *communi dividundo*, il est cependant possible, au cours même de l'indivision, par les diverses actions sanctionnant ces délits de droit commun.

2. Responsabilité non délictuelle. — Les décisions des jurisconsultes classiques sont beaucoup plus nombreuses en ce nouveau domaine. La mise en jeu de cette responsabilité est en effet beaucoup plus fréquente.

Elle peut être encourue tout d'abord par l'exercice d'actes qui ne présentent pas de caractère délictuel (mauvais entretien du fonds, compromettant la récolte suivante, dont, par convention, l'autre copropriétaire devait avoir le bénéfice exclusif (4);

(1) C'est une conséquence de la limitation réciproque dans l'exercice du droit indivis, non la preuve que le droit indivis soit différent par nature du droit exclusif.

(2) Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 8, 2 (les exemples donnés sont parfois tenus comme une glose postérieure, mais ils pouvaient se présenter dès l'époque classique); Ulpien (23 *ad ed.*), D. 11, 3, *de serv. corrup.*, 9, *pr.* (*supra*, p. 324, n. 2), donne l'option entre l'action *servi corrupti* et l'action en partage.

(3) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 16, 5, donne le choix entre l'action *Legis Aquiliae* et l'action *F. E.* (*supra*, p. 324, n. 1).

(4) Africain (8 *Quaest.*), D. 19, 2, *loc. cond.*, 35, 1; Ulpien (32 *ad ed.*),

ensevelissement d'un mort dans le fonds commun, ce qui rend le *locus religiosus* (1)) ou par des abstentions qui entraînent un recours contre les autres *socii* (2). Aussi voyons-nous parfois les *socii* se prémunir contre le préjudice que leur causera l'acte ou l'abstention de l'un d'entre eux, en se promettant une indemnisation réciproque (3).

La question la plus délicate est relative à l'appréciation de la responsabilité des indivisaires. Ici, comme en d'autres matières, les textes classiques ont été interpolés pour traduire les réformes byzantines en matière de responsabilité.

La responsabilité pour dol est certaine. Celle pour faute ne l'est pas moins. Rien ne permet de relever, en matière d'indivision, les traces d'une époque où elle était ignorée (4).

D. 10, 3, *C. D.*, 23. Le caractère non délictuel de l'acte résulte de l'allusion qui est faite à l'action du contrat, alors qu'il n'est pas parlé d'action délictuelle (sur ces textes, *supra*, p. 324, n. 4).

(1) Les interpolations en cette matière ont été nombreuses (*infra*, p. 464). Il semble néanmoins que l'ensevelissement dans un terrain, qui n'était pas *locus religiosus*, soit un acte dommageable, contre lequel une action est possible : Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 6, 6; (25 *ad ed.*), D. 11, 7, *de relig.*, 2, 1 ; Pomponius (13 *ad Sab.*), D. 17, 2, *pro socio*, 39; mais la nature du recours est controversée.

(2) Les exemples sont multiples : refus par un cohéritier de rembourser au créancier gagiste sa part dans la dette, ce qui entraîne la saisie du gage par le créancier et l'éviction d'un tiers auquel les cohéritiers avaient vendu le bien donné en gage. L'acquéreur évincé se retourne contre l'autre cohéritier, qui est obligé d'acquitter pour le tout la *stipulatio duplae* : Papinien (8 *Quaest.*), D. 21, 2, *de evict.*, 65 (*supra*, p. 284, n. 3). Refus de participer à la désignation d'un esclave qui doit être légué à un tiers, d'où action du légataire contre les cohéritiers pour inexécution du legs : Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 17, *i. f.* Refus de participer à l'affranchissement d'un esclave en exécution d'un fidéicommis : Africain (9 *Quaest.*), D. 40, 5, *de fideic. lib.*, 49 (*supra*, p. 274, n. 4) ; cf. également Ulpien (27 *ad Sab.*), D. 40, 7, *de statulib.*, 3, 4. Violation d'une promesse qui entraîne une action du bénéficiaire de la promesse contre un autre cohéritier que celui qui l'a violée : Paul (6 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 44, 5 (promesse d'absence de dol). La mention d'un recours par les actions en partage est parfois byzantine (par ex., D. 45, 1, 2, 5 (*supra*, p. 205, n. 5); *h. t.*, 85, 3 ; Berger, *Teilungsklagen*, p. 123-124).

(3) Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, §§ 10, 12, 13, 14; *infra*, p. 400.

(4) M. Del Chiaro (*Contrat de société*, p. 182-191) croit que dès le cours

Dès le temps d'Alfenus Varus (1), la responsabilité pour *culpa* était connue. Le régime subsistera pendant tout le cours de l'âge classique (2). Un texte d'Ulpien, dont l'authenticité est très contestée, réunit les deux institutions voisines pour déclarer :

Societas et rerum communio et dolum et culpa recepit (3). Cette solution est d'ailleurs conforme au principe posé par Ulpien, en vertu duquel la responsabilité pour faute n'existe que dans les relations juridiques où l'exécution des obligations est de l'intérêt des deux parties. Parmi les exemples donnés par Ulpien pour illustrer cette règle figure la *societas* (4). Sans pouvoir affirmer que ce terme embrasse dans la pensée du jurisconsulte l'indivision en même temps que la société, il n'en est pas moins certain que la première répond aux conditions posées pour prendre la *culpa* en considération.

Quant au montant de l'indemnité due par l'auteur de l'acte dommageable, il nous est connu avec quelque précision (5).

de l'époque classique, l'associé est tenu de sa ***culpa***, mais le point est contesté (par ex. par Mitteis, ***Privatrecht***, p. 333; Wieacker, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 53-57. ***Contra,*** Manigk, ***in*** Pauly-Wissowa, ***Real Encyclopädie,*** v° ***Societas***, p. 776-777.

(1) (2 ***Dig.***), D. 10, 3, ***C. D.***, 26 : ***...si quid culpa illius magis quam casu res communis damni cepisset...*** Le passage paraît suspect à M. Arangio-Ruiz (***Ist.***, p. 352, n. 1) à cause de sa formule générale. Cf. Pomponius (13 ***ad Sab.***), ***h. t.***, 20 ; Paul (23 ***ad ed.***), D. 10, 2, ***F. E.***, 25, 18 ; Ulpien (19 ***ad ed.***), ***h. t.***, 16, 4. D'autres textes sont suspects.

(2) Segré, ***Comproprietà, Corso,*** 1930-1931, p. 184. Les distinctions des divers degrés de faute n'ont pris un intérêt juridique qu'à l'époque byzantine (***infra***, chap. VIII).

(3) (29 ***ad Sab.***), D. 50, 17, ***de diversis reg.***, 23. L'interpolation du texte est certaine, celle de ce passage l'est moins (Cf. Del Chiaro, ***Contrat de société***, p. 190, n. 2, et y ajouter parmi les partisans de l'interpolation, Krüger, ***Dig.***; Wiaecker, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 55). Sa solution correspond à celle d'autres textes, dont la concordance est un indice en faveur de l'authenticité.

(4) (28 ***ad ed.***), D. 13, 6, ***comm. vel contra,*** 5, 2 : ***...sed ubi utriusque utilitas vertitur, ...ut in societate, et dolus et culpa praestatur.*** Cf. déjà Modestin, ***Collatio,*** 10, 2, 1. Cf. Kübler, ***Utilitätsprinzip*** (***Berliner Festschrift für O. Giercke***, 1910); Wicacker, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 53-54 (Sur l'ancienneté de cette règle : Girard, ***Manuel***, p. 694).

(5) D'une façon générale, la formule : ***quidquid ob eam rem dare facere***

Il est probable que lorsque l'acte ou l'abstention d'un indivisaire entraîne une poursuite en indemnité d'un tiers contre l'un de ses co-indivisaires, le recours de ce dernier s'exercera pour le montant de la somme qu'il a été contraint de verser au tiers. Le principe en est affirmé dans un passage de Paul, suspect d'interpolation (1), mais la solution n'en paraît pas moins certaine pour l'époque classique. Il est normal de prendre pour montant de l'indemnité la somme à laquelle le *socius* a lui-même été condamné.

Dans les autres cas, on exigera une indemnité égale au préjudice causé par l'acte, s'il s'agit d'une diminution de valeur d'un bien indivis (2), ou à l'intérêt qu'avait les co-indivisaires à ce que l'un d'eux n'empêchât pas l'accomplissement d'un acte, si la faute consiste dans un refus d'y prêter son concours (3).

Le recours en indemnité sera normalement exercé lorsque le préjudice se sera réalisé. Toutefois, plusieurs textes mettent sous l'autorité de Paul une solution plus favorable, permettant le recours avant même cette réalisation. Il suffirait que l'accomplissement de l'acte ait mis en jeu l'action d'un tiers contre l'un des co-indivisaires, alors même que la condamnation ou l'exécution ne seraient pas encore intervenues (4),

oportet, oblige à indemniser au *quod interest*, que Paul définit : *quantum mihi abest quantumque lucrari potui* (D. 46, 8, *rat. rem hab.*, 13, *pr.*). Siber, *Römisches Recht*, t. II, p. 243.

(1) (13 *ad Sab.*), D. 45, 1, *de verb. obl.*, 2, 5 (*supra*, p. 200, n. 1).

(2) Destruction d'une *villa* et de bois communs, Pomponius (13 *ad Sab.*), D. 10, 3, *C. D.*, 20 : *praestabitur detrimentum*. Le même mode d'évaluation se retrouve dans des constitutions de Caracalla et de Dioclétien : C. J., 3, 36, *F. E.*, 3 et 19, au cas de soustraction de biens héréditaires ou de destruction de ces biens : *indemnitati prospiciatur ; praestandam indemnitatem.*

(3) Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 17, refus de participer à la désignation d'un esclave légué : *is qui impedit hoc judicio ceteris quanti intersit eorum damnabitur.* Ulpien (27 *ad Sab.*), D. 40, 7, *de statulib.*, 3, 4 : refus de laisser un *statuliber* faire la prestation due à un cohéritier : *familiae erciscundae judicio ab eo qui impedit consequetur, quod sua intererat prohibitum statuliberum non esse.*

(4) Paul (6 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 44, 5; (23 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 8, 4 (le texte suppose qu'il y a déjà eu condamnation ; mais Paul ne veut

pour que celui-ci pût exercer son recours. Mais la pureté de ces textes a été plusieurs fois contestée (1). La preuve la plus certaine de l'interpolation paraît résulter de la mention des actions en partage pour poursuivre le *socius* responsable. Ces actions ne peuvent en droit classique être utilisées qu'au moment du partage. Ce n'est donc pas à elles qu'il faudrait recourir pour se faire indemniser préventivement d'un dommage menaçant. On pourrait, il est vrai, soutenir que d'autres actions permettaient d'atteindre ce résultat et que les Compilateurs leur auraient substitué la mention des actions en partage. Mais une nouvelle difficulté surgit alors. Les faits dommageables sont en général des actes de gestion qui ne relèvent d'aucune action particulière, et dont on ne peut faire état qu'au moment du partage, parmi les *praestationes*. Ces actes ne relevant que des actions en partage, et celles-ci n'étant possibles au cours de l'indivision qu'en droit byzantin, c'est une solution byzantine qui est donnée ici sous le nom de Paul (2).

SECTION III

Règlement des profits et dépenses résultant de la gestion.

I. — Nous réunissons sous ce terme les deux chefs de

peut-être pas opposer la condamnation à l'exécution de la sentence, qui, à parler strictement, cause seule préjudice); (5 *ad Plaut.*), D., *h. t.*, 15.

(1) En particulier, Guarneri Citati, *Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 23, n. 1; 188, n. 7; Perozzi, *Istit.*, t. II, p. 92, n. 5; Krüger, *Dig.*; Riccobono, *Communio*, p. 88.

(2) Aussi ne saurait-on objecter le recours accordé par Paul (5 *ad Plautium*), D. 17, 1, *mandat vel cont.*, 45, *pr.*, au mandataire contre son mandant, avant même qu'il ait eu à faire des déboursés. Il y a ici une action spéciale (*actio mandati*) qui permet ce recours immédiat; ce qui prouve l'interpolation des textes ci-dessus, ce n'est pas la mention du recours, qui pourrait être classique, c'est l'impossibilité de la mettre en œuvre *manente communione* dans le régime classique de l'indivision. On ne pourrait les appliquer à ce régime qu'en supposant, avec M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 134-135), qu'ils concernent le cas où le partage est opéré au cours du procès intenté par le tiers. Mais il est peu vraisemblable que Paul ait à trois reprises envisagé un cas aussi exceptionnel.

praestationes auxquels Ulpien se réfère dans l'expression : « *qui eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi* » (1). Ce ne sont en effet que les deux faces d'un même principe, tendant à assurer l'égalité dans la gestion même de l'indivision. On veut éviter tout enrichissement injuste en attribuant à un seul ce qui aurait dû profiter à tous, ou en laissant l'un d'eux supporter, au delà de sa part, une dépense faite pour la chose commune.

Tout en reposant sur l'idée d'enrichissement injuste, ce principe se rattache à celui d'égalité, qui doit présider au partage. Cette égalité n'est pas seulement l'exacte répartition du bien commun entre tous les ayants droit. C'est également l'exacte répartition des profits et des dépenses résultant de l'indivision. Le lien entre les notions de partage et de *communicatio lucri et damni* est d'ailleurs bien mis en relief dans un passage des Sentences de Paul (1, 18, 3), qui soumet au partage les biens acquis *ex communi* (partage des *bona*), ou leur valeur s'ils n'existent plus en nature et que l'un des indivisaires en ait gardé le profit exclusif (*communicatio lucri*). Cela fait mieux comprendre que le recours n'ait été le plus souvent (2) possible qu'au moment du partage et par l'action en partage. Mais c'est, il faut le souligner, une des insuffisances les plus notoires du système classique de l'indivision, que l'impossibilité d'exercer ces recours par les actions en partage sans provoquer en même temps la dissolution du régime.

II. — Tantôt le profit résultera des accroissements dont la chose commune a bénéficié (croît des animaux, enfant d'es-

(1) *Supra*, p. 335.

(2) Il n'est possible *manente communione* que dans les cas exceptionnels où il peut être exercé par une autre action : actions de mandat (*supra*, p. 354, n. 2), de gestion d'affaires (*infra*, p. 368, sq.), pétition d'hérédité (*infra*, p. 358), peut-être celle dont on obtient la cession par le créancier remboursé en insérant dans la formule une exception de dol : Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 18, 5 (d'après MM. Beseler, *Beiträge*, t. III, p. 181-182 et E. Levy, *Konkurrenz*, t. I, p. 225, n. 4, cette solution serait byzantine).

clave (1), accession (2), trésor (3)), qui s'ils existent encore en nature seront soumis au partage, mais qui feront l'objet de recours en indemnité lorsque l'un des *socii* en aura eu le bénéfice exclusif. Tantôt il sera le fruit de l'activité de l'un d'entre eux sur la chose commune, et à ce titre il donnera lieu à une indemnité : exploitation du fonds commun par un seul, perception des fermages (4), exercice de l'action noxale à la suite d'un délit commis sur la chose commune et abandon de l'esclave coupable à celui qui seul a intenté l'action (5). Ou bien, en raison des règles sur l'acquisition par l'esclave commun, un seul de ses maîtres a profité de l'enrichissement, malgré que tous y aient contribué. Ces derniers pourront, lors du partage, faire valoir de ce chef leur créance d'indemnité (6).

Nous avons déjà signalé un recours du même ordre pour participer au prix de vente d'un bien commun (7). La nature de ce recours fait, entre les interprètes, l'objet de difficulté. Le texte de Paul, dans sa teneur actuelle, autorise

(1) Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, 11; Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 6, 4.

(2) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 6, 5.

(3) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 22, *pr.* : *Item Labeo scribit, si unus heredum thensaurum relictum a testatore effodit, familiae erciscundae judicio eum teneri.* Il n'est pas certain que *thensaurus* n'ait pas ici son sens technique (Berger, *Teilungsklagen*, p. 191, n. 2). *Effodere* est le terme employé pour désigner la fouille aboutissant à sa découverte (Cf. Pomponius, D. 10, 4, 15). Le fait que l'objet a été *a testore relictum* n'empêche pas que ce soit pour les héritiers un trésor d'origine inconnue.

(4) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 6, 2 : *Sive autem locando fundum communem, sive colendo de fundo communi quid socius consecutus sit, communi dividundo judicio tenebitur.*

(5) Paul (22 *ad ed.*), D. 9, 4, *de noxal. act.*, 19. *pr.* : *...recte dicitur eum, cui noxae deditus sit, alteri teneri communi dividundo judicio, ut communicet servum noxae sibi deditum, cum ob rem communem aliquid ad socium pervenerit.* Les interpolations soutenues sur ce texte ne concernent pas ce passage.

(6) D. 10, 3, *C. D.*, 24, *pr.* = 41, 1, 45; 45, 3, 28, 1 (*supra*, p. 235); 45, 3, 32 (*supra*, p. 158, n. 1). Gaius (7 *ad ed. prov.*), D. 10, 3, *C. D.*, 11, fait allusion aux profits des *operae servi* dont on doit indemniser les copropriétaires.

(7) *Supra*, p. 226.

l'emploi de l'action *familiae erciscundae*, ou de la pétition d'hérédité (1), tandis qu'une constitution de Gordien parle d'un *arbitrium... conveniendi* (2) et qu'une autre de Dioclétien ne cite que la pétition d'hérédité (3). L'imprécision des termes du rescrit de Gordien ne permet d'en tirer aucun indice quant à la nature du recours exercé. L'utilisation de la pétition d'hérédité est conforme aux règles de cette action. Dès l'époque classique, on peut y réclamer le prix de choses héréditaires aliénées par le défendeur (4).

Mais du silence gardé par Dioclétien, quant à la possibilité d'intenter l'action *familiae erciscundae*, on a parfois conclu à son insertion par les Compilateurs dans le texte de Paul (5). Ou bien, les défenseurs de ce texte ont estimé inexplicable l'absence de l'action *familiae erciscundae* dans la constitution de Dioclétien (6). L'antinomie cependant ne paraît pas irréductible.

Alors même que l'on attribuerait aux Compilateurs la mention de l'action en partage dans le texte de Paul, il faut bien reconnaître qu'elle pouvait, dès l'époque classique, servir au règlement des profits tirés de la chose commune, lors du partage. Ainsi interprétée, sa présence dans un texte classique n'aurait rien que de très naturel (7). C'est donc bien plutôt

(1) D. 10, 2, 44, 2 (*supra*, p. 226, n. 2).

(2) C. J., 4, 52, *de com. rer. alienat.*, 1, *i. f.* : *...si receptum jus securitatem emptori praestitit, est arbitrium tibi liberum conveniendi eos qui pro portione satis illicitam venditionem celebraverunt.* La consonance byzantine du texte est certaine.

(3) C. J., 3, 36, 20 (*supra*, p. 226, n. 4).

(4) Sans doute la pétition d'hérédité n'est en principe possible que contre le possesseur de choses héréditaires. Mais par équité on considère, par une sorte de subrogation réelle, celui qui a reçu le prix des choses héréditaires comme un possesseur (Ulpien, 15 *ad ed.*, D. 5, 3, *de hered. pet.*, 16, 1 et 5). Cette extension est déjà réalisée à l'époque du S. C. Juventien, autorisant la pétition d'hérédité contre ceux qui ont vendu les choses héréditaires (*h. t.*, 20, 6 b). Cf. un rescrit d'Antonin à Frontinus, rapporté par Julien (64 *Dig.*), D. 4, 2, *quod metus causa*, 18.

(5) Riccobono, *Ann... di Palermo*, t. III-IV (1917), p. 268-269.

(6) Berger, *Teilungsklagen*, p. 192.

(7) M. Riccobono (*loc. cit.*), pour prouver l'interpolation de cette mention,

son absence dans la constitution de Dioclétien qu'il faut expliquer. Mais, comme on l'a fort exactement remarqué, cette constitution envisage deux hypothèses bien distinctes : vente du bien commun comme tel et vente de ce bien en le faisant passer pour propre. Et l'on a même pu soutenir que cette dernière mention était le produit d'une interpolation formelle, réunissant en un même texte les solutions de deux constitutions (1).

Il est dans ces conditions de bonne méthode de ne pas interpréter l'une par l'autre les deux parties du texte et spécialement de ne pas dire que Dioclétien rejette l'action *familiae erciscundae* au cas de vente de la chose *velut propriae*, alors que ce rejet ne concerne que la vente faite au nom de tous. Le texte se contente de conserver le silence sur la possibilité d'intenter cette action. S'il n'est, comme on le dit, qu'un passage d'une autre constitution, on pourrait supposer que les Compilateurs, dans leur « découpage » du texte, ont laissé tomber la mention de l'action en partage. Et alors même que le texte primitif n'aurait pas fait état de cette action, son silence pourrait tenir à l'hypothèse envisagée. L'action en partage ne pouvait être utilisée qu'à la cessation de l'indivision. Au contraire, la pétition d'hérédité était possible *manente communione*. Elle apparaît ainsi comme le moyen de faire valoir, avant le partage (2), la créance pour fait de gestion et comble une des lacunes du régime classique sur ce point (3).

se réfère à l'opinion de Neratius (3 *Membr.*, D. 10, 2, 54). Ce rapprochement ne semble pourtant pas concluant. Neratius envisage le cas d'aliénation d'une part (et non du tout) et dit, en substance, que cette aliénation fait cesser l'indivision et rend par là l'action en partage inutile. Mais il laisse complètement hors de cause le cas d'une vente faite au delà de sa part et le recours qui peut en résulter.

(1) Riccobono, *op. cit.*, p. 268 et 270.

(2) En effet, elle n'opère pas le partage, mais reconnaît seulement le droit à une part indivise (Julien (8 *Dig.*), D. 5, 4, *si pars hered.*, 7 et 10, 2, *F. E.*, 51, 1).

(3) Cette hypothèse montre l'harmonie entre les deux parties du texte. Les actions de mandat ou de gestion d'affaires sont possibles *manente communione* au cas de vente de la chose *veluti propriae*. Quant à l'exclusion for-

Il est inutile d'insister ici sur les recours pour dépenses faites pendant l'indivision (1). Nous en avons déjà signalé les diverses causes. Rappelons seulement, à titre d'exemple, celui auquel donne lieu la défense *in solidum* à un procès (actions *de peculio*, *institoria*, *exercitoria*, etc.) (2).

III. — Plutôt que de multiplier ces exemples, désormais familiers, mieux vaut en préciser les conditions d'exercice.

1. — Le premier principe, affirmé avec netteté par Ulpien, c'est que seuls les gains et pertes faits au cours de l'indivision permettent le recours aux actions en partage (3). La règle valait pour les indivisions particulières comme pour les indivisions successorales (4). Elle n'était d'ailleurs que toute naturelle, et c'est en se fondant sur elle que Julien (5) démontrait le caractère héréditaire d'une dette, dont le remboursement avait été réclamé par l'action *familiae erciscundae* (6).

L'exercice de l'action en partage ne marquait pas le terme du régime indivis. Pomponius autorise les plaideurs à agir,

melle de l'action dans la première partie, elle tient aux différences entre les deux cas envisagés.

(1) Une dépense faite dans son propre intérêt ne permettrait aucun recours : Scaevola (1 *Resp.*), D. 10, 2, *F. E.*, 39, 3 ; Papinien (5 *Resp.*), D. 50, 4, *de Mun.*, 15 ; Paul (1 *Resp.*), D. 50, 1, *ad Mun.*, 21, 2.

(2) *Supra*, p. 290-294.

(3) (19 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 4, 3, *i. f.* : *...plane fructus ante percepti, quam res communis esset, vel sumptus ante facti in communi dividundo judicium non veniunt.*

(4) Ulpien (2 *Disp.*), D. 10, 2, *F. E.*, 49 : *Nam ut familiae erciscundae judicio agere quis possit, non tantum heredem esse oportet, verum ex ea causa agere* [*vel conveniri*], *quam gessit* [*quodque admisit*], *posteaquam heres effectus sit.* Le caractère classique du texte a été contesté par MM. Haymann (*Z. S. St.*, t. XL (1919), p. 295, n. 1) et Beseler (*Z. S. St.*, t. XLV (1925), p. 462).

(5) Julien (15 *Dig.*), D. 18, 4, *de hered. vel act. vend.*, 18, *i. f.*

(6) Aussi ne semble-t-il pas que l'admission de l'action *F. E.*, pour se faire indemniser de dépense faite *vivo patre*, soit une solution classique (D. 10, 2, 25, 19 ; Berger, *Teilungsklagen*, p. 138). Elle est contredite par un texte d'Ulpien (19 *ad ed.*), D., *h. t.*, 16, 4 : *et ideo si vivo testatore unus ex heredibus pecuniam sustulerit, in familiae erciscundae judicium ea non venit, quia tunc nondum heres erat.*

au moins *pro parte*, tandis que l'affaire est déjà soumise à l'arbitre (*dum res in arbitrio sit*) (1), et nous ne trouvons aucune mention d'un administrateur judiciaire chargé de la gestion des biens pendant l'instance. C'est là, semble-t-il, une conséquence du caractère amiable que présente normalement l'action en partage. Il n'y a pas de conflit entre les parties quant à la légitimité de leurs droits respectifs et par conséquent aucun motif d'organiser une possession intérimaire (2).

Ce système oblige à tenir compte des profits et des pertes résultant d'actes accomplis après la *litis contestatio*. Celle-ci ne fixe pas les prétentions des parties. Aussi Nerva permettait-il de tenir compte des dépenses faites *post acceptum communi dividundo judicium* (3). Et Sabinus, au témoignage d'Ulpien, semble poser la même règle pour les fruits perçus après ce moment (4).

2. — L'existence matérielle de l'indivision ne suffisait pas à légitimer l'emploi des actions en partage. Il fallait en outre que l'auteur de l'acte ait eu connaissance de l'état d'indivision. On a mis en doute la pureté du texte d'Ulpien donnant cette solution (5). Mais le passage qui nous occupe

(1) (21 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 47, *pr.*

(2) Mais l'aliénation de sa part est interdite : Papinien (7 *Quaest.*), D., *h. t.*, 13 ; C. J., 3, 37, *C. D.*, 1, 1 (interpolé). Elle ferait en effet sortir l'aliénateur de l'indivision, alors que l'acquéreur viendrait prendre sa place. Cela ne serait guère concevable au cours de l'action en partage.

(3) D. 10, 3, *C. D.*, 6, 3.

(4) D. 10, 3, 6, 4 (du moins si l'on admet que ce paragraphe envisage la même situation que le § 3) ; 10, 2, *F. E.*, 12, *pr.* (Cette solution ne résulte que d'une finale rattachée à un texte de Paul relatif au *partus* ; cependant M. Lenel (*Paling.*, n° 632) conjecture que le texte primitif concernait la même hypothèse).

(5) (2 *Disp.*), D. 10, 2, *F. E.*, 49, *i. f.* : *...si ante, quam quis sciret se heredem esse, in hereditate aliquid gesserit, familiae erciscundae judicio non erit locus, quia non animo heredis gessisse videtur. quare qui ante aditam hereditatem quid gessit... familiae erciscundae judicium non habet.* *Supra*, p. 359, n. 4.

correspond à un ensemble de décisions classiques que l'on ne peut contester (1).

C'est ainsi que Paul autorise l'action pour obtenir indemnité d'un cohéritier qui a perçu les fruits de la chose héréditaire « *ante aditam hereditatem* », mais « *cum sciret hereditarium fundum esse* »(2). Lui aussi exige, pour que l'action *familiae erciscundae* soit possible, la connaissance de l'indivision. Mais il précise que l'acte a pu être fait avant l'adition d'hérédité, alors qu'Ulpien refusait l'action dans la même circonstance. Cette opposition est purement formelle. L'absence d'adition n'est pas un obstacle à la formation d'une indivision qui existe au moins éventuellement dès le décès du *de cujus* (3). En déclarant que l'acte fait avant l'adition ne peut donner lieu à un recours par l'action *familiae erciscundae*, Ulpien ne distingue pas l'ouverture de la succession, la connaissance qu'en a l'héritier, et son adition. Il suppose la concomitance de ces trois moments et les désigne indifféremment par *ante aditam hereditatem*, ou *ante, quam quis sciret se heredem essse* (*quare* indique qu'il ne fait que poursuivre sa pensée, sans modifier les termes de l'hypothèse). Paul, au contraire, avec plus de finesse d'analyse, envisage un cas où les deux éléments ne se réalisent pas en même temps.

La solution donnée par Paul revient à dire que le cohéritier n'est comptable des fruits que s'il les a perçus de mauvaise foi, sachant que le fonds était indivis. On ne peut lui réclamer d'indemnité pour ceux perçus alors qu'il se croyait seul héritier. C'est là une analogie avec le régime institué par

(1) La phrase précédente, *quae si fuerit... in damno moretur*, autorise une action en partage utile. Mais sa rédaction byzantine la rend suspecte. Elle est en outre en contradiction avec l'ensemble du texte, qui repousse l'action sans distinguer les formes directes ou utiles. Aussi faut-il y voir une innovation byzantine pour étendre le champ d'application de l'action (Cf. Berger, *Teilungsklagen*, p. 142-143 et *infra*, p. 437-438).

(2) Paul (6 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 44, 3.

(3) En effet, le principe de la survie fictive du *de cujus* jusqu'à l'acceptation n'a pas toujours été observé. On a parfois admis la rétroactivité de l'acceptation au jour du décès (Cf. Girard, *Manuel*, p. 929, n. 5).

le S. C. Juventien, à l'égard du possesseur de choses héréditaires, qui n'est pas tenu des fruits consommés de bonne foi. Aussi, malgré des différences entre les deux situations, qui peuvent s'expliquer par l'insuffisance de nos renseignements en matière de succession indivise, on peut hésiter à condamner un texte qui étend à cette dernière le régime du Juventien (1).

Les textes envisagent une autre situation. Tout en ayant connaissance de l'indivision, on peut se tromper sur l'identité de la personne avec laquelle on se trouve ainsi lié. Dans ce cas, les conditions requises pour intenter l'action en partage sont réalisées : l'acte a été fait pendant l'indivision, en connnaissance de cause. Et comme il a été fait plus en considération de la chose commune que de l'individualité même du co-indivisaire, il peut légitimer un recours contre le véritable co-indivisaire, qui, en définitive, a tiré profit de l'acte. Comme le dit un texte de Paul : « *magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur* » (2).

La seule difficulté soulevée par cette situation est de savoir la nature que revêt ici l'action en partage : action directe ou action utile? On pourrait être tenté d'admettre cette dernière en présence des termes par lesquels Paul repousse un peu plus loin l'action en partage : « *nec communi dividundo judicium competit nec utile dandum est* ». Cette allusion à l'action utile pourrait faire croire qu'elle était envisagée au cas d'acte fait avec erreur sur le *socius*. Bien plus, un texte d'Ulpien donne formellement cette action dans le cas qui nous occupe (3).

(1) D. 5, 3, *de hered. pet.*, 25, 19 : *Hoc S. C. ad petitionem hereditatis factum etiam in familiae erciscundae judicio locum habere placet.* L'interpolation a été soutenue par M. Beseler (*Beiträge*, t. III, p. 26 ; t. IV, p. 24). Seule celle de la dernière phrase, pseudo-justificative, paraît manifeste (*ne res absurda sit, ut quae peti possint dividi non possint*) (Berger, *Teilungsklagen*, p. 17, 195 ; Fehr, *Z. S. St.*, t. XXXIII (1912), p. 577).

(2) (2 *Quaest.*), D. 10, 3, *C. D.*, 29.

(3) (19 *ad ed.*), D., *h. t.*, 6, *pr.* : *Si quis putans sibi cum Titio fundum communem esse fructus perceperit vel sumptum fecerit, cum esset cum alio communis, agi poterit utili communi dividundo judicio.*

On aurait cependant quelque peine à justifier ici la présence d'une action utile. L'acte a été fait pendant l'indivision et en considération de celle-ci. On se trouve en présence d'un cas normal, où l'action directe doit suffire. L'erreur sur le *socius* n'est ici d'aucune importance (1).

Aussi doit-on adopter la solution de Paul, qui ne fait pas mention d'une action utile. L'allusion qu'il lui consacre, quelques lignes plus loin, se réfère à l'hypothèse différente de dépenses faites *quasi in rem propriam*. Elle signifie que toute forme d'action est impossible dans ce cas, même l'action utile.

On a voulu justifier la présence de l'action utile dans le texte d'Ulpien en y voyant un cas où l'action est intentée après disparition de la chose commune (2). Cette interprétation complète le texte de façon arbitraire. On ne peut invoquer le passage suivant, dont rien n'établit le lien avec celui qui nous occupe. Il semble plutôt qu'on se trouve en présence d'une addition maladroite des Compilateurs (3), non pour faire admettre l'action au cas d'erreur sur le *socius*, cette solution ayant été reconnue par Paul dès l'époque classique, mais parce qu'ils crurent trouver dans ce texte un cas d'action intentée *manente communione*. L'interpolation serait à rapprocher de la phrase également byzantine : « *utile judicium dari debere mihi... etiam manente communione* », insérée dans un autre passage de Paul, auquel nous arrivons maintenant.

Ce texte, la loi 14, § 1 (D. 10, 3), a fait l'objet de nombreuses analyses. Il fut incontestablement très remanié, d'où la difficulté d'en rétablir le sens premier. L'examen de passages moins corrompus, que nous venons de faire, en facilitera quelque peu l'interprétation (4).

(1) Lenel, *Edictum*, p. 211, n. 1; Segré, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 162, n. 1.

(2) Berger, *Teilungsklagen*, p. 220.

(3) Riccobono, *Ann. di Palermo*, t. III-IV (1917), p. 190, 195, n. 1.

(4) L'exégèse de ce texte a été faite avec un soin particulier par MM. Ber-

Il apparaît, au premier examen de ce texte, que les diverses hypothèses sont reprises à deux passages différents, et que la seconde moitié (à partir de IV) ne fait que répéter en des termes un peu différents ce qui vient d'être dit précédemment. C'est là une redondance assez suspecte, qui laisse supposer pour le moins un regroupement byzantin.

Si l'on envisage le détail du texte, on peut y discerner les solutions suivantes. (I) Le remboursement des dépenses faites sur un fonds, que l'on croyait avoir en propre, ne peut être poursuivi par l'action en partage. Tout au plus fera-t-il l'objet d'une rétention, par l'insertion d'une exception de dol dans la formule de la revendication ou de l'action en partage elle-même (1). Le cas IV, qui revient à cette même hypothèse,

ger, *Teilungsklagen*, p. 210-220 et Riccobono, *Ann... di Palermo*, t. III-IV (1917), p. 170-202. Elle a été reprise récemment par M. Frezza (*Actio C. D.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 94-104). Nous reproduisons ici le texte, en y intercalant la numérotation des hypothèses, adoptée par M. Berger : (3 *ad Plautium*) : (I) *Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo judicio mecum agetur,* [*aequitate ipsius judicii*] *retinere possim, considerandum est. quod quidem magis puto,* [*quia bonae fidei judicium est communi dividundo*] *: sed hoc ita, si mecum agatur.* (II) *Ceterum si alienavero partem meam, non erit unde retinere possim. sed is, qui a me emerit, an retinere possit, videndum est : nam et si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita ut ego poterat retentionem facere :* [*et verius est, ut et in hac specie expensae retineantur*]. (III) *Quae cum ita sint, rectissime dicitur etiam impendiorum nomine utile judicium dari debere mihi in socium* [*etiam manente rei communione*]. (IV) *Diversum est enim, cum quasi in rem meam impendo, quae sit aliena aut communis : hoc enim casu* [, *ubi quasi in rem meam impendo,*] *tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui.* (V) *At cum puto rem Titii esse, quae sit Maevii, aut esse mihi communem cum alio quam est, id ago, ut alium mihi obligem, et sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum cujus negotia curavi, cum putarem alterius ea esse, ita et in proposito.* (VI) [*igitur et si abalienavero praedium, quia in ea causa fuit, ut mihi actio dari deberet, danda mihi erit, ut Julianus quoque scribit, negotiorum gestorum actio*].

(1) Sur l'interpolation de ce passage, cf. *supra*, p. 307, n. 2. La possibilité d'une *retentio* dans l'action *C. D.* a été très fortement combattue par M. Frezza (*op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 92-95). La *retentio* lui semble aller de pair avec la revendication, et comme il déclare que l'ac-

justifie cette solution : le fonds étant tenu pour propre, on n'a pu, dans les dépenses faites pour son entretien, prétendre agir au nom de tous. L'auteur de l'acte n'a pas agi en tant que copropriétaire, et c'est pourquoi il ne peut exercer son recours par l'action en partage.

Cette justification est conforme aux conditions exigées à l'époque classique pour permettre ce recours, encore que la forme même du texte ne paraisse pas être celle que lui eût donnée un jurisconsulte classique (répétition de l'hypothèse : *Cum quasi in rem meam impendo,... hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo*) (1).

La seconde hypothèse (II) suppose que l'auteur de l'acte a aliéné sa part (2). Il lui est désormais impossible de faire valoir un droit de rétention, et la seule question à envisager concerne la possibilité pour l'acquéreur de faire valoir ce même droit. La réponse affirmative donnée par le texte actuel est surprenante. L'acquéreur n'a pas fait les dépenses qu'on l'autorise à se faire rembourser. La rétention n'est pas un droit réel, transmissible avec la chose vendue. Il faudrait,

tion *C. D.* s'intente dans des conditions différentes de celles de la revendication, la *retentio* n'y trouve pas les conditions nécessaires à son exercice (essentiellement, la possession de la chose sur laquelle on a fait des dépenses). Nous avons dit plus haut (*supra*, p. 311, n. 4) les réserves qui s'imposent quant à la fixation du champ d'application respectif des deux actions. D'autre part, la *retentio* paraît trouver ici ses conditions d'exercice : celui qui a fait des dépenses, en se croyant seul propriétaire, était, par hypothèse, seul en possession ; par conséquent, l'action en partage se présente comme la réclamation d'une fraction du bien indivis contre le détenteur du tout. Notons enfin que la suite du texte, tenue par l'auteur italien pour classique (p. 100), reconnaît le droit de rétention sans le limiter au cas de la revendication (M. Frezza n'introduit cette limitation, p. 101, que pour mettre le texte d'accord avec son système).

(1) Cf. Betti, *B. Ist. D. R.*, t. XXVIII (1914-1915), p. 63.

(2) M. Frezza (*op. cit.*, p. 96-99) répute tout ce passage interpolé. On ne peut, dit-il, vendre une *pars* alors que l'on se croit seul propriétaire : on vend nécessairement le tout ; il en serait ainsi même après que l'on a eu connaissance de son erreur, en vertu de la règle : *mala fides superveniens non nocet*. Cela n'est rien moins que certain : il est parfaitement concevable que, se sachant propriétaire d'une part seulement, on ne vende pas le tout.

pour en donner une raison suffisante, supposer que le vendeur s'est fait indemniser des dépenses, en exigeant de l'acquéreur un prix plus élevé; celui-ci serait alors fondé à se faire rembourser ce supplément de prix par les autres copropriétaires. Ce serait une hypothèse bien compliquée et qui ne semble guère pratique. L'acquéreur refusera de faire semblable avance pour indemniser le vendeur; il ne consentira à traiter que si celui-ci ne demande pas un prix supérieur à la valeur de sa part. Les textes, d'ailleurs, ne font aucune allusion à semblable convention. Il paraît donc plus exact d'attribuer la solution actuelle aux Compilateurs et de prêter à Paul une réponse négative (1).

La troisième hypothèse trahit encore plus nettement la main des Compilateurs. L'octroi d'une action *communi dividundo* au cours de l'indivision est, comme nous l'avons vu plus haut (2), une innovation byzantine. Mais la modification qu'ils ont apportée au texte ne s'est pas limitée à cette adjonction. On a, depuis la glose, souvent remarqué que l'expression *quae cum ita sint*, se réfère à un passage aujourd'hui disparu, où Paul introduisait une nouvelle hypothèse. Il est, en effet, impossible que l'action utile donnée ici concerne des dépenses faites *quasi in rem propriam*, puisque Paul vient de dire que seule la rétention est alors possible. D'ailleurs, le passage suivant (IV) présente comme une nouvelle hypothèse celle de dépenses faites *quasi in rem meam* (*diversum est enim*). C'est donc que le cas précédent ne la concerne pas.

Il est d'ailleurs facile de rétablir le contenu du passage supprimé, à raison du développement symétrique du texte,

(1) En ce sens, Berger (*op. cit.*, p. 212); Segré (*Riv. it. dirit. com.*, t. XII, 1 (1914), p. 1068, note); Riccobono (*op. cit.*, p. 185-188); Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 504. Les indices formels d'interpolation ne manquent pas : après l'annonce d'une discussion (*videndum est*) vient tout de suite la solution, sans que l'on ait opposé les thèses en présence. *Verius est*, *expensae*, *species* sont des termes chers aux Byzantins (Cf. Riccobono, p. 188, n. 1 et les auteurs cités).

(2) *Supra*, p. 319 sq.

reproduisant dans la seconde partie les mêmes hypothèses que dans la première. A côté des dépenses faites *quasi in rem meam*, il mentionne celles faites en se trompant sur l'identité du copropriétaire (V). C'est à cette hypothèse que devait se référer le texte disparu. Le même rapprochement est fait par un autre texte de Paul (2 *Quaest.*, D. 10, 3, 29), qui confirme ainsi la restitution proposée (1).

Toutefois, l'action utile ne peut concerner le simple cas d'erreur sur le *socius*, car dans cette hypothèse c'est l'action directe qui est donnée (2). On doit donc admettre que le passage supprimé autorisait l'action directe pour les dépenses faites avec erreur sur le *socius*, et que l'action utile se référait au cas où la vente de la part a fait cesser l'indivision (3). La symétrie du texte primitif est ainsi parfaite. Paul envisageait successivement les cas de dépenses faites *quasi in rem propriam* (I et II), puis avec erreur sur le *socius* (passage disparu et III), et dans chacun d'eux distinguait le recours possible avant puis après la vente de sa part.

Cette analyse confirme les solutions que nous avions déjà dégagées d'autres textes quant à la nécessité d'avoir fait la dépense en tant qu'indivisaire pour en réclamer le remboursement dans l'action en partage (d'où l'impossibilité du recours

(1) En ce sens, Lenel, *Paling.*, Paul, n° 1087; Berger, *op. cit.*, p. 213-216; Riccobono, *op. cit.*, p. 191-196.

(2) *Supra*, p. 363.

(3) Cette interprétation est confirmée par Ulpien, qui accorde également l'action utile après aliénation de sa part (19 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 6, 1. *Contra*, Frezza (*op. cit.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 99), qui croit à une innovation byzantine. Elle apparaît comme une conséquence de la possibilité d'intenter l'action *post interitum rei communis* (*supra*, p. 322), et l'action contenait peut-être, comme dans ce cas, la fiction de survie de la chose commune. Cette extension ne nous est attestée qu'à l'époque des Sévères. L'ancienne doctrine se retrouverait dans un texte de Julien (8 *Dig.*), D. 10, 3, 24, 1, accordant une action prétorienne contre celui qui aliène sa part *ne communi dividundo ageretur*. C'est par un développement analogue que Papinien, contrairement à Marcellus, autorise à tenir compte, dans les règlements de gestion, des choses tombées aux mains de l'ennemi. Ici encore l'action est possible malgré la disparition de la chose (Ulpien, 19 *ad ed.*, et Paul, 23 *ad ed.*, D. 10, 2, *F. E.*, 22, 5 et 23).

si l'on a agi *quasi in rem suam*, et, au contraire, sa possibilité, même au cas d'erreur sur le *socius*). Elle en fournit une nouvelle, autorisant le recours après aliénation de sa part (1).

3. — Enfin, par la mention de l'action *negotiorum gestorum*, le texte amène à formuler la dernière condition relative à l'octroi de l'action en partage. Le principe en est depuis longtemps reconnu (2) : l'action n'est donnée que lorsque la dépense, faite dans l'intérêt commun, ne pouvait l'être pour la part de celui qui l'a engagée. Dans ce cas seulement l'acte est véritablement une opération de gestion indivise. Au cas contraire, on peut dissocier, dans le paiement intégral, la pluralité des actes faits au nom de chacun.

Dans la mesure où l'acte dépasse la part à laquelle était tenue son auteur, il se présente comme un acte de gestion pour autrui. Ce sera par l'action *negotiorum gestorum* que le recours devra être exercé. Les jurisconsultes classiques sont unanimes à formuler cette règle. Ulpien, en la rapportant, ne fait que citer l'opinion de Papinien (3), et Paul, à son tour, en fournit une expression identique (4).

(1) A plus forte raison le recours reste-t-il possible malgré la perte de la chose qui fut l'occasion de la dépense, car cette perte n'entraîne pas forcément la cessation de l'indivision : Julien (12 *Dig.*), D. 10, 3, *C. D.*, 25; Africain (7 *Quaest.*), D., *h. t.*, 9.

(2) Cujas, *Ad Africanum Tract. VIII, ad Leg. pen. de reb. cred.* (t. I, col. 1257 A, E); *Comment. in Tit. III, L. X Digest., ad Leg. 6* (t. VII, col. 569 C, D) ; Doneau, *De jure civile*, Livre XV, chap. 23, n° 6 (t. IV, col. 195); Voët, *ad Pandectas Comm. I*, 461, n° 41, etc. Parmi les modernes, Berger, *Teilungsklagen*, p. 139-144; Riccobono, *Ann. di Palermo*, t. III-IV (1917), p. 209-214; Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 501-502; Ein, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIX (1931), p. 269-270; Frezza, *op. cit* , *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 107-108; Segrè, *Comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 159-163.

(3) (19 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 6, 2, *i. f.* : *ceterum non alias communi dividundo judicio locus erit, ut et Papinianus scribit, nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit : alioquin si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur.*

(4) (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 15 : *...quae pro parte expediri non possunt, si unus cogente necessitate fecerit, familiae erciscundae judicio locus erit*; cf. § 16, où le même principe est formulé, dans un texte d'ailleurs interpolé.

Si ce principe ne souffre pas de difficulté, et correspond à une distinction facile à justifier, il n'en va pas de même du détail de son application. L'étude de la gestion du patrimoine indivis a montré la fréquence des actes accomplis pour le tout par un seul des *socii*. En laissant de côté le cas de mandat exprès, où le recours s'exercera par l'action *mandati*, la gestion pour le tout se présente tantôt comme l'exercice d'une simple faculté, tantôt comme une nécessité résultant de la nature même de l'acte. Mais cette impossibilité d'agir *pro parte*, cette *cogens necessitas* dont parle Paul, n'est pas seulement l'impossibilité absolue d'accomplir l'acte pour sa part, par exemple de réparer pour partie un immeuble commun, d'intenter pour partie une action confessoire de servitude. C'est également l'impossibilité d'obtenir le résultat désiré par l'accomplissement partiel de l'acte. Celui-ci, sans doute, est juridiquement ou matériellement possible, mais il n'aboutira pas au résultat souhaité, si on en limite ainsi l'exécution. L'acheteur, qui ne paie que sa part du prix, ne peut exiger livraison de la chose (1); le débiteur, qui ne rembourse une dette que *pro parte*, ne pourra obtenir la restitution du gage ou éviter la *poena* stipulée.

C'est dans cette appréciation de la *cogens necessitas* que des difficultés ont pu se présenter à l'esprit des jurisconsultes classiques. Sous son apparente rigueur, la notion est en effet extrêmement vague et susceptible d'interprétation plus ou moins extensive. Deux raisons s'opposent à ce que l'on en puisse préciser le sens, soit à l'égard de chaque acte, soit dans l'esprit de chaque jurisconsulte. C'est tout d'abord la rareté relative des textes qui s'y réfèrent. C'est ensuite l'insécurité de ceux qui nous sont parvenus. Par deux mouvements parallèles, dont l'un est de notre domaine, et dont l'autre a fait l'objet d'une importante étude (2), les jurisconsultes du

(1) D. 18, 1, 78, 2 (*supra*, p. 312, note).

(2) Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno* (*Ann... di Palermo*, t. III-IV [1917]).

Bas-Empire ont étendu à la fois le champ d'application des actions en partage et celui de l'action de gestion d'affaires. De là, les nombreuses interpolations insérant dans les textes tantôt la mention de l'action en partage, tantôt celle de l'action de gestion d'affaires (1). On ne peut, en présence de ces principes d'interpolation contradictoires, affirmer, de façon générale, que c'est telle action qui fut introduite par les Compilateurs. Il faudrait, par un examen de chaque espèce, rechercher les indices permettant de rétablir le régime classique. Nous ne ferons ici que donner un exemple typique de cette difficulté.

On sait que lorsqu'un copropriétaire fournissait la *cautio damni infecti* pour le tout, il n'agissait pas *cogente necessitate*, car la caution peut être fournie *pro parte*. Aussi Paul et Ulpien ne lui permettent-ils un recours que par l'action de gestion d'affaires (2). On a cru à l'interpolation de ces solutions (3), en faisant observer que si le copropriétaire ne fournit la *cautio* que *pro parte*, son voisin pourra demander l'envoi en possession. La chose est exacte, et nous avons signalé que cet envoi, même prononcé *pro parte*, s'exercerait, en fait, sur le fonds tout entier. Il cause préjudice à celui qui a fourni la *cautio* ; on pourrait donc soutenir que, pour éviter cet inconvénient, il était dans l'obligation de la fournir pour le tout.

Mais la formule dubitative employée par l'un de ces textes : « *negotiorum gestorum actione potius quam communi dividundo judicio posse me petere* », paraît plus conforme aux hésitations d'un praticien qu'à l'ordre d'un législateur. La rédaction de l'autre (D. 10, 3, 6, 7) ne présente aucune marque formelle

(1) En premier lieu, dans le texte même qui nous a conduit à traiter des rapports entre ces deux actions : D. 10, 3, 14, 1 (V et VI) (Riccobono, *op. cit.*, et les auteurs cités à l'*Index interpol.*, *Suppl.*, *ad h. l.*). Egalement, l'octroi de l'action *negotiorum gestorum* concurremment à l'action *F. E.* dans deux constitutions : C. J., 2, 18, *de neg. gest.*, 3 (Septime Sévère et Caracalla, 199) et 3, 36, *F. E.*, 18, 1 (Dioclétien et Maximien, 293); peut-être aussi Papinien (2 *Resp.*), D. 3, 5, *de neg. gest.*, 30, 7.

(2) D. 3, 5, 39 (40); 10, 3, 6, 7 (*supra*, p. 257, n. 3 et 4).

(3) Guarneri Citati, *op. cit.*, *Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 99, n. 7.

d'interpolation (1). Un autre texte de Paul autorise dans un cas analogue l'action en partage (2). On s'expliquerait mal que les Compilateurs l'aient laissée subsister, s'ils avaient voulu, de façon générale, lui substituer l'action de gestion d'affaires (3). Enfin, aucune raison ne permet de penser que la *cogens necessitas* ait été appréciée différemment à l'époque classique et à l'époque byzantine.

La *cautio pro parte* apparaît comme possible, en tant que première mesure protectrice. On ne saurait déclarer nécessaire sa prestation pour le tout, sous prétexte d'éviter une éventuelle mesure ultérieure, de caractère différent : la *missio in possessionem*. En outre, si cette dernière présente, en fait, un caractère de généralité incontestable, il n'en reste pas moins que ses conséquences *juridiques* ne se réalisent que sur la part de copropriété du récalcitrant : le second décret ne rendra le voisin propriétaire prétorien que pour cette part (4).

Si l'on peut donc tenir pour classique la solution favorable à l'octroi de l'action de gestion d'affaires, on doit cependant relever les hésitations des jurisconsultes sur ce point. Nous avons vu la formule dubitative sous laquelle Paul l'exprime. Bien plus, dans ses *Libri ad Edictum*, il permet le recours par l'action en partage lorsque la *cautio legatorum*

(1) M. Guarneri Citati signale que *sufficere* est un signe d'interpolation et que ce verbe, commandé par *cum*, aurait dû, comme *fuisset*, être au subjonctif. Ces critiques ne portent que sur la proposition : *sed sufficere pro parte tua*, qui consacre une solution classique, de l'avis même du savant italien (Cf. *supra*, p. 256, n. 2). Il serait difficile de tenir pour interpolée la phrase attestant la doctrine classique, et pour byzantine celle qui ne révèle pas de traces d'interpolation. Mais *sufficere* ne pourrait à lui seul établir l'interpolation. L'infinitif peut résulter d'une faute de copie, pour *sufficeret*, donné par un autre ms. (P^a) et confirmé par les Basiliques.

(2) D. 10, 2, *F. E.*, 25, 15.

(3) L'omission serait d'autant plus invraisemblable que ce texte figure au *Dig.* au livre traitant des actions en partage au voisinage de celui d'Ulpien (10, 3, 6, 7) et provient comme lui de la masse édictale. Comment aurait-on pu l'oublier, alors qu'on aurait songé à en remanier un figurant dans un livre différent (D. 3, 5, 39) et extrait de la série sabinienne ?

(4) *Supra*, p. 191.

a été fournie pour le tout (1). Celle-ci, cependant, comme la *cautio damni infecti*, est possible *pro parte*. Il ne semble pas y avoir *cogens necessitas* à la fournir pour le tout et c'est donc à l'action de gestion d'affaires que l'on aurait dû recourir ici. Cependant, Paul justifie l'octroi de l'action *familiae erciscundae* par l'obligation où se trouvait le cohéritier d'agir pour le tout : *ne in possessionem mitterentur*. Cette considération, qui n'avait pas été mise en avant dans la précédente hypothèse (et qui peut-être s'explique par des raisons de fait aujourd'hui ignorées), permet de rendre compte de la divergence des solutions. Nous sommes en présence d'un de ces « cas-limites » où l'existence de la *cogens necessitas* dépend parfois de circonstances de fait difficiles à analyser (2).

Cette notion apparaît ainsi moins comme un critère rigide pour fixer la nature de l'action à employer, que comme un principe directeur général susceptible d'interprétations diverses, selon la diversité des hypothèses. Cette conception s'explique parfaitement, si l'on reconnaît que ce principe n'est pas l'expression d'une règle plus ou moins arbitraire, adoptée pour départager le domaine de deux actions tendant au même résultat, mais la conséquence du développement historique des actions en partage. Celles-ci ne furent possibles qu'acces-

(1) D. 10, 2, *F. E.*, 25, 15 (*supra*, p. 260, n. 1).

(2) On a tenté d'interpréter différemment cette divergence (Berger, *Teilungsklagen*, p. 140). La mention de l'action de gestion d'affaires serait l'écho d'une opinion ancienne (Labéon et peut-être Sabinus). Celle de l'action en partage correspondrait à l'extension du champ d'application de cette action dès l'époque classique. Mais, si Ulpien rapporte l'opinion de Labéon, il la fait sienne (*quae sententia vera est*), et l'on peut hésiter à croire que Paul ait reproduit sans faire de réserve une opinion sabinienne (?) que lui-même condamnerait. C'est donc qu'au IIIe siècle encore, on connaît l'emploi de l'action *negotiorum gestorum* dans notre hypothèse. Il serait d'ailleurs surprenant qu'Ulpien ne rapporte qu'une solution vieillie, sans signaler le progrès de jurisprudence réalisé par Julien (?, *eod.*, p. 141), auquel il aime se référer.

On ne doit pas confondre avec ce cas celui où le legs est exécuté pour le tout par un seul, pour faire cesser l'envoi en possession. Ici la nécessité de l'acte apparaît évidente et l'action en partage normale. Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 18, 6.

soirement, pour régler les *praestationes*. Aussi l'emploi en fut-il limité aux actes qui présentaient un caractère incontestable d'actes de gestion indivise, c'est-à-dire à ceux accomplis pendant l'indivision, avec l'intention d'agir au nom de tous, et sans qu'il fut possible d'agir partiellement.

Ce régime ressemble singulièrement à celui qui existait en matière de gestion d'affaires. Dans les deux cas, il faut pour permettre le recours un fait matériel de gestion (qui, dans l'indivision, doit être de gestion d'une chose commune) et l'élément intentionnel d'agir pour autrui (en même temps que pour soi au cas d'indivision). Si l'on ajoute que dans l'indivision comme dans la gestion d'affaires les dépenses voluptuaires ne peuvent faire l'objet d'un recours (1), le parallélisme entre les deux régimes apparaît manifeste. Sans pouvoir préciser leur éventuelle influence réciproque, il est cependant intéressant de noter ce rapprochement. Les règles de la société ne pouvaient ici être d'aucun secours, puisque les actes que nous analysons résultent de la libre initiative individuelle, tandis que ceux de l'associé sont faits en exécution de clauses contractuelles (2). Aussi n'est-on pas surpris de trouver ici une construction juridique analogue à celle qui fut adoptée pour la gestion d'affaires, autre situation de fait, indépendante de toute convention antérieure.

(1) Cette règle, qui résulterait de la simple notion de *cogens necessitas*, semble admise par Modestin (2 *Resp.*), D. 3, 5, *de neg. gest.*, 26 (27), *pr.*

(2) En matière de société, la doctrine la plus commune exigeait simplement que la dépense ait été accomplie *propter societatem* (Ulpien, D. 17, 2, 52, 15; *h. t.*, 61; Paul, D., *h. t.*, 67, *pr.* et § 2). Labéon exigeait en outre que l'acte ait été accompli *in societate* (D., *h. t.*, 60, 1).

CHAPITRE VII

LE PARTAGE

L'étude des règlements personnels entre indivisaires conduit tout naturellement à celle du dernier problème qui doive ici retenir notre attention : la dissolution de l'indivision par le partage. Le plus souvent, les deux questions étaient, pour simplifier, réglées en même temps. Mais cette concomitance n'existait pas toujours, et le règlement ne résultait pas toujours de la même action. Aussi avons-nous préféré séparer l'étude de ces deux questions.

Laissant de côté le règlement des actes de gestion, nous étudierons l'obligation de consentir au partage, les modes de réalisation et les effets du partage.

SECTION I

Le droit au partage.

L'indivision, à Rome, comme de nos jours, n'était qu'un état temporaire. L'insuffisance des règles de gestion, parfois la nécessité de recourir au consentement de tous, en faisaient un régime compliqué auquel on ne pouvait contraindre de rester attaché. La société, elle-même, malgré sa meilleure réglementation, ne pouvait être conclue *in aeternum* (1). Bien que l'on ait élevé des doutes sur le caractère classique du texte

(1) Paul (33 *ad ed.*), D. 17, 2, *pro socio*, 70.

déclarant nulle la convention d'indivision perpétuelle (1), la règle elle-même n'en est pas moins certaine, comme correspondant à des nécessités pratiques inéluctables.

Le droit de chacun d'exiger le partage est d'ailleurs affirmé par Ulpien (2). Son existence trouve une confirmation indirecte, mais certaine, dans l'*Oratio Severi* de 195, interdisant l'aliénation de certains biens des mineurs : elle réserve la possibilité de demander le partage contre ceux-ci, faisant prévaloir le droit au partage sur la protection des incapables (3). Enfin, une constitution de 294 déclare formellement : *In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri* (4).

Le point qui présenterait le plus d'intérêt serait de fixer, non pas la proportion des demandes en partage par rapport au nombre des indivisions existantes, car tôt ou tard toute indivision aboutit nécessairement au partage, mais le délai après lequel le partage était demandé. Cette connaissance nous fournirait le document le plus précieux sur la valeur pratique du régime classique de l'indivision. Elle nous dirait si ce

(1) Paul (3 *ad Plautium*), D. 10, 3, *C. D.*, 14, 2; Riccobono, *Communio*, p. 51, n. 3; Mitteis, *Röm. Privatrecht*, p. 254, n. 74; Segré, *Riv. dir. comm.*, t. XII, 1 (1914), p. 1068, note; Krüger, *Dig.*; Bonfante, *Riv. dir. comm.*, t. XV, 2 (1917), p. 75.

(2) (30 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 43 : *Arbitrum familiae erciscundae vel unus petere potest. nam provocare apud [judicem] vel unum heredem posse palam est : igitur et praesentibus ceteris et invitis poterit vel unus arbitrum poscere. Provocare apud judicem* ne peut convenir à la procédure formulaire. Il faut y substituer *praetorem* (Lenel, *Paling.*, n° 2748). La proposition finale est suspecte (Biondo Biondi, *Compensazione, Ann... di Palermo*, t. XII (1929), p. 225, n. 4).

(3) Ulpien (35 *ad ed.*), D. 27, 9, *de rebus eorum*, 1, 2, *i. f.* Le partage est possible entre mineurs, mais il faut une autorisation du magistrat (Dioclétien, C. J., 5, 71, *de praed. et al. reb.*, 17 ; cf. Scaevola (10 *Dig.*), D. 26, 8, *de auct. et cons.*, 20, où l'on ne trouve pas encore d'allusion à la nécessité de cette autorisation).

Cf. le même droit pour le copropriétaire d'un fonds donné en dot : Gordien, C. J., 5, 23, *de fundo dot.*, 2 (241) et déjà peut-être Mécien (1 *fideic.*), D. 49, 17, *de cast. pecul.*, 18, 2.

(4) Dioclétien et Maximien, C. J., 3, 37, *C. D.*, 5.

régime était viable, ou si, dès sa formation, on cherchait à y échapper. Malheureusement, le caractère législatif de nos sources empêche de répondre à cette question avec certitude. On ne peut que faire état de quelques indices, confirmant l'impression qu'avait déjà fait naître la fréquence des indivisions conventionnelles en droit romain.

On s'est plu à rappeler deux textes, qui insistent sur les difficultés naissant de l'indivision et qui présentent le partage comme l'issue à laquelle tous aspirent (1). Il serait vain d'objecter que ces textes sont peut-être de facture post-classique (2). S'il est vrai qu'ils s'intrègent assez mal dans les fragments classiques et qu'ils semblent traduire l'observation d'un commentateur ou d'un copiste, ils n'en ont que plus de prix pour nous, car ce sont ces constatations de fait, plus que la doctrine juridique, que nous voudrions réunir ici. Et quand bien même l'observation aurait été suscitée par la vue des indivisions post-classiques ou byzantines, on ne pourrait pas moins l'invoquer pour l'époque classique, où le régime était peut-être encore moins complètement organisé.

Il résulterait de ces textes que l'indivision conduisait le plus souvent (*plerumque; solet*) à des difficultés telles que le partage était rapidement demandé. Le fait paraît vraisemblable, surtout pour les indivisions entre étrangers, où aucun lien préalable n'existait entre personnes réunies fortuitement. Il peut même être exact pour les indivisions familiales, lorsque les progrès de l'individualisme et la difficulté de gérer en

(1) Paul (15 *ad Sab.*), D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 26 : *...itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit.* Papinien (8 *Resp.*), D. 31, *de leg.*, 77, 20, *i. f.* : *discordiis... quas materia communionis solet excitare.* Cf. Ulpien (26 *ad ed.*), D. 12, 6, *de cond. ind.*, 26, 4 : *...nemo invitus compellitur ad communionem.*

(2) Arangio-Ruiz, *Appunti*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. LII (1913), p. 240; Krüger, *Dig.*; Segré, *La comproprietà*, *Corso*, 1930-1931, p. 124, n. 1. *Contra*, Branca, *Il regime degli atti di disposizione...* (*Riv. it. Sc. giur.*, t. VI (1931), p. 220), qui fait observer que la remarque convient mieux au droit classique, où l'absence d'action générale pour régler les conflits de gestion rendait le régime moins pratique.

commun des biens souvent éloignés vinrent affaiblir la cohésion qui résultait des liens de parenté. Toutefois, pour ces dernières, la fréquence des clauses testamentaires créant l'indivision conduit à penser que le régime était viable et qu'il se prolongeait parfois assez longtemps.

Cette idée est confirmée, en même temps qu'elle les explique, par l'existence de clauses restreignant le droit absolu de demander le partage.

On peut tout d'abord fixer un délai minimum, pendant lequel on sera tenu de rester dans l'indivision. Cette clause émane de l'auteur de l'acte qui crée l'indivision, ou de la convention des *socii* eux-mêmes.

Le maintien de l'indivision héréditaire peut être imposé aux cohéritiers par une vocation testamentaire conditionnelle. Ulpien cite une institution faite sous la condition : « *si socii una bonorum meorum permanserint usque ad annos sedecim* » (1).

Pareille clause doit être interprétée comme une condition suspensive, puisque la condition résolutoire est, dans le testament, tenue pour non écrite, et qu'Ulpien ne fait pas ici allusion à sa nullité. Même ainsi comprise, la condition n'était pas admise par tous les jurisconsultes. Marcellus déclarait semblable institution nulle *secundum verborum significationem*. Il entendait par là, semble-t-il, la contradiction dans les termes qu'elle paraît impliquer, La clause exige en effet que l'indivision héréditaire dure seize ans; or, l'insertion de la condition suspensive fait obstacle à l'acquisition de la succession jusqu'à la réalisation de la condition. On ne peut invoquer la règle selon laquelle la condition impossible est tenue pour non écrite. La condition n'est pas ici impossible en soi. Elle est inconciliable avec l'institution. Le testament

(1) (8 *ad Sab.*), D. 28, 7, *de cond. inst.*, 4, *pr.* : *Si qui ita sint instituti : « Si socii una bonorum meorum permanserint usque ad annos sedecim, heredes sunto », inutilem esse institutionem secundum verborum significationem Marcellus ait : Julianus autem, quoniam et ante aditam hereditatem iniri societas potest quasi rei futurae, valere institutionem, quod est verum.*

renferme une contradiction, qui déterminait Marcellus à le déclarer nul.

Cette interprétation rigoureuse était peu conforme aux principes généraux d'interprétation des testaments. Julien, approuvé par Ulpien, en proposa une autre, qui sans doute l'emporta. Il invoque l'analogie de cette situation avec celle d'une société ayant pour objet une chose future. Cette dernière est licite. La succession non encore recueillie peut être assimilée à une chose future. Les cohéritiers pourront donc s'engager à vivre en commun (1) pendant le délai fixé et obtenir la *bonorum possessio secundam tabulas* jusqu'à ce que l'arrivée de la condition leur permette de recueillir l'hérédité civile.

Au lieu de recourir à une institution conditionnelle, on pouvait faire de la continuation de la vie commune entre les héritiers, la condition d'un legs ou d'un fidéicommis adressé à l'un d'eux. Des exemples nous sont parvenus de cette pratique, qui ont pour but d'assurer le maintien de la communauté entre la mère et son fils (2), ou entre un affranchi et les fils

(1) Il n'est pas certain qu'il y ait là une société véritable (M. Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 110, l'affirme sans le démontrer). L'engagement de respecter la condition ne peut être considéré comme un contrat de société et Julien ne se réfère au régime de la société que par analogie (en ce sens, Duquesne, *Cours de doctorat*, Strasbourg, 1932-1933).

(2) Labéon (2 *poster. a Javoleno epit.*), D. 32, *de leg.*, 30, 5 : « *Uxori meae dum cum filio meo Capuae erit, heres meus ducenta dato* » : *filius a matre migravit. si ambo Capuae habitassent, legatum matri debitu iri putavi, quamvis una non habitassent : sin autem in aliud municipium transissent, unius anni tantummodo debitu iri, quo una habitassent quantolibet tempore : Trebatius ait. videamus, an his verbis* « *dum cum filio Capuae erit* » *non condicio significetur, sed ea scriptura pro supervacuo debet haberi : quod non probo. sin autem per mulierem mora non est, quo minus cum filio habitet, legata ei deberi.*

Pomponius (5 *ad Sab.*), D. 35, 1, *de condic. et demonstr.*, 8 : *Si quis ita legaverit :* « *dum uxor mea cum filio erit, heres meus ei tantum dato* », *si eis latitans patronum de medio discessit, ut tamen consilium retineret habende secum liberos, deberi ei legatum Trebatius et Labeo aiunt, quia non omna momentum exigendum sit ut cum liberis sit, sed si eam mentem et id propositum habeat, ne filium a semet dimittat neve per eam stet, quo minus cum ea filius educetur.*

du *de cujus* (1). Mais l'interprétation exacte de ces clauses soulève des difficultés. Les solutions actuelles ont peut-être été modifiées par les Byzantins (2). D'autre part, alors même que l'on en admettrait le caractère classique, elles obligent simplement à continuer la vie en commun, sans prévoir de façon précise le maintien de l'indivision. Il fallait néanmoins signaler ces exemples d'un procédé grâce auquel on pouvait, par l'insertion d'une clause suffisamment précise, assurer, pendant un certain délai, la continuation de l'indivision.

On peut rapprocher de ces dispositions une forme de fidéicommis, connue par une réponse de Scaevola (3), encore qu'elle n'aboutisse pas, elle non plus, à une indivision véritable. Il s'agissait en l'espèce d'un père qui, par fidéicommis, obligeait sa fille émancipée, héritière prétorienne, à continuer avec sa mère (la femme du *de cujus*) la vie commune, qu'elles avaient menée jusque-là. Les deux femmes devaient mettre en commun tous leurs biens. Le jurisconsulte déclare que la fille, recueillant seule la succession (la *bonorum possessio unde liberi* primant celle *unde vir et uxor*), devra en donner la moitié à sa mère, pourvu que celle-ci soit prête à apporter ses biens propres à la masse commune. On voit que le fidéicommis aboutit ici encore, non au maintien de l'indivision, mais à la création d'une société de tous biens.

Le respect de l'indivision pouvait également résulter d'une convention passée entre les indivisaires pour écarter pendant un certain délai le droit d'exiger le partage. Malgré la prohibition des sociétés conclues *in aeternum*, cette clause était valable dans un contrat de société (4). Il devait en être de même en matière d'indivision (5).

(1) Modestin (10 *Resp.*), D. 31, *de leg.*, 34, 4 : *Si ea conditione liberto fideicommissum relictum est, ne a filiis ejus recederet, et per tutores factum est, quo minus condicionem impleret, iniquum est eum, cum sit inculpatus, emolumento fideicommissi carere.*

(2) Cf. *Index interp., ad h. l.*

(3) (4 *Resp.*), D. 31, *de leg.*, 89, 3 = (21 *Dig.*), D. 36, 1, *ad S. C. Treb.*, 80 (78), *pr.*

(4) Ulpien (30 *ad Sab.*), D. 17, 2, *pro socio*, 14.

(5) Le texte qui affirme cette possibilité (D. 10, 3, 14, 2) est suspect

Si les clauses d'indivision temporaire apportent une atténuation juridique au droit absolu d'exiger le partage, l'exclusion de certains biens ou de certaines personnes fait échec au caractère de généralité qu'il revêtait le plus souvent.

Nous avons déjà vu (1) que les cohéritiers voulant ajourner l'exercice de l'action générale qu'était l'action *familiae erciscundae,* pouvaient procéder à des partages partiels en utilisant l'action *communi dividundo.*

Mais alors même qu'ils exerçaient l'action générale, celle-ci ne portait pas sur un bien de caractère extra-patrimonial : le tombeau, *locus religiosus* consacré aux dieux Mânes (2), dont on ne saurait concevoir ni la vente, ni le partage. Cette condition ne se limite pas d'ailleurs au tombeau lui-même. Elle s'étend au fonds qui l'entoure (3), *area* devant le tombeau, *taberna* abritant le gardien, terrain pour lui assurer la subsistance et pourvoir à l'entretien du sépulcre (4).

Ces tombeaux indivis sont d'ailleurs de types divers. En laissant de côté les *columbaria*, créés par des collèges religieux ou des corporations ouvrières, qui relèvent de l'étude de

(*supra*, p. 375, n. 1). Mais le § 3, supposant l'existence de semblable clause, déclare qu'elle ne fait pas obstacle au droit d'aliéner sa part. (L'obligation pour l'acquéreur d'observer l'interdiction temporaire du partage paraît à certains auteurs interpolée : Riccobono, *Communio*, p. 51, n. 3; Krüger, *Dig.* [?]).

(1) *Supra*, p. 81; D. 10, 2, 44, *pr.* Inversement, on pouvait poursuivre le partage de plusieurs indivisions successorales par une seule action *F. E.* : Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 3-5.

(2) Gaius, II, 3-4 : *divini juris sunt... religiosae... quae diis Manibus relictae sunt.* Cf. la formule des inscriptions funéraires : *Diis Manibus sacrum.*

(3) Le point a été controversé (cf. en dernier lieu, L. Zancan, *Area sepolcrale* « *Pro indiviso...* », extr. du t. X des *Studi Goriziani*, 1934, p. 6-7), à raison de l'opposition entre l'opinion de Celse (D. 11, 7, 2, 5), d'une part, et celle de Paul (D. 6, 1, 43) et d'Ulpien (D. 47, 12, 3, 2 et 6), d'autre part, sur le *jus sepulchri* : Mommsen, *Gesamm. Schrift.*, t. III, p. 198-214; Albertario, *Appunti sul condominio di sepolcro...* (*Filangieri*, t. XXXV (1910), p. 848-863); Morel, *Le Sepulchrum* (*Ann. de l'Univ. de Grenoble*, N. S., Sect. lett.-dr., 1928, p. 5-180).

(4) Cf. Marquardt, *Vie privée des Romains*, t. I, p. 431-433.

ces groupements et non de celle de l'indivision, on peut distinguer les *sepulchra familiaria*, dont l'usage est réservé aux membres d'une famille (1), les *sepulchra hereditaria*, attribués aux héritiers du *de cujus* sans qu'il existe nécessairement entre eux de lien de parenté (2), enfin les tombes édifiées en commun par plusieurs personnes (3), en général de classe moyenne et voulant éviter de supporter seules les frais de construction du tombeau. C'est à cette dernière catégorie sans doute que se réfère la mention *pro indiviso* appliquée à des tombeaux dont les titulaires sont sans lien de parenté ou d'hérédité entre eux (4).

Dans ces diverses hypothèses, le partage du tombeau ne saurait être envisagé (5). C'est la solution que donne Modestin en déclarant que les *religiosa loca* (il s'agit en l'espèce de

(1) Par ex. le tombeau de la *familia Salvidiena* (Dessau, t. II, 2, n° 7849; cf. 7850-7854, 7856-7860, 7862).

(2) Gaius (~~19 ad ed. prov.~~), D. 11, 7, *de relig.*, 5; Cicéron, *de off.*, 17, 55.

(3) C. I. L., VI, 10.238 (Dessau, t. II, 2, n° 8353) : Tombeau fait par plusieurs affranchis pour eux et leurs affranchis communs. L'inscription ajoute : *quod si qis* (sic) *eorum partem juris sui vendiderit aut ex consesu* (sic) *universorum ea pecunia in aerarium populi Romani inferri jubemus.* On peut rapprocher de cette pratique l'usage un peu différent de concéder des places dans un sépulcre (Cf. la donation de Flavius Artemidorus : C. I. L., VI, 10.241 (n^e^ s. ap. J.-C.); Girard, *Textes*, p. 829). Mais il n'est pas certain que cet acte aboutisse à la création d'une indivision.

(4) Zancan, *op. cit.*, p. 10; par ex. : C. I. L., VI, 17.915 (Dessau, t. II, 2, n° 8296 : *sepulchrum... est* [*ex?*] *tota pro indiviso parte sexta sibi...*; V, 8379 (*ibid.*, 8320) : *pro indivi*[*so*]).

(5) Les inscriptions qui signalent un partage se réfèrent, d'après M. Zancan (*op. cit.*, p. 8), à un partage intervenu avant l'ensevelissement d'un mort, donc avant que le *locus* soit devenu *religiosus*. La prohibition du partage se trouve par exemple dans C. I. L., V, 843, l. 15-16 : *Hos hortos neque dividi volo ne*(*que*) *abalienare.* Cf. V, 7454 (Dessau, t. II, 2, n° 8342). Mais cela n'empêche pas que l'on ne détermine la fraction à laquelle chacun aura droit : C. I. L., VI, 15.840 (Dessau, t. II, 2, n° 8291^a^) : *Hujus monumenti... jus ad heredes pertinet proportionibus qua quis testamento ejus scriptus est*; VI, 27.940 (*ibid.*, 8293) : *exs* (sic) *aequis partibus*; VI, 15.056 (*ibid.*, 8297) : *juris hujus monum. C. Rammi Canopis et Mussiae Libadis dimidium et duodecim, Alloniae C. f. Potitae pars quarta Proculeiae... pars VI.*

sepulchra hereditaria) ne sont pas compris dans l'action *familiae erciscundae* (1).

Cette exclusion s'explique par le caractère particulier des *loca religiosa*, choses hors du commerce, qui ne peuvent, au sens strict, faire partie d'un patrimoine indivis. Mais dans d'autres cas elle s'exerce à l'égard de biens qui ont un caractère patrimonial. Il faut alors spécifier expressément, dans la formule, ceux que l'on entend excepter du partage (2).

Cette exclusion s'exercera spécialement à l'égard de ceux dont il est avantageux de maintenir l'usage commun, tels que les voies d'accès aux parcelles morcelées d'un champ ou aux diverses parties d'une maison. On évitera ainsi l'obligation de constituer des servitudes de passage au profit des divers adjudicataires (3).

La même pratique est attestée au cas de partage amiable par un texte de Scaevola, qui suppose que les parties ont laissé un fonds indivis avec droit de préemption à un prix fixé au profit de chacun des copartageants, lorsque l'un d'eux aliénera sa part (4).

Deux textes, enfin, déclarent que si certains seulement

(1) (6 *Resp.*), D. 10, 2, *F. E.*, 30. La question posée à Modestin était de savoir si l'on peut, dans l'action *F. E.*, obtenir le partage du fonds en respectant l'indivision du tombeau, ou s'il n'est pas alors nécessaire de recourir à l'action *C. D.*, qui ne présente pas le même caractère de généralité. Modestin répond que la première action est possible : *sed religiosa loca in judicium non deduci eorumque jus singulis heredibus in solidum competere.* (les derniers mots : *eorumque...*, sont tenus pour interpolés par M. Albertario, *Filangieri*, t. XXXV (1910), p. 856).

(2) Ulpien (75 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 13 : *In judicium communi dividundo omnes res veniunt, nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim ne veniat.*

(3) Paul (6 *ad Sab.*), D. 10, 3, *C. D.*, 19, 1. Cf. les réserves relatives à l'irrigation et à l'accès aux divers lots dans un contrat de partage de 135 (*P. Ryl.*, 157). Les mentions de voies d'accès indivises sont assez fréquentes dans les inscriptions : cf. par ex., C. I. L. IX, 2827 : *iter communem* (sic) ; X, 3157 : *aditum et cisteram communem* ; 3158 : *iter et scala commune.*

(4) (28 *Dig.*), D. 45, 1, *de verb. obl.*, 122, 3.

désirent sortir de l'indivision, l'action pourra n'avoir effet qu'à leur égard (1). M. Biondo Biondi (2) considère cette solution comme incompatible avec les règles du droit classique et comme contredite par les Sentences de Paul et une constitution de Dioclétien (3).

D'un point de vue pratique, il eût été cependant fort avantageux d'admettre que celui des copropriétaires qui seul voulait sortir de l'indivision pût obtenir sa part, tandis que les autres conserveraient un patrimoine indivis. Sans doute, le caractère général de l'action *familiae erciscundae*, le fait qu'elle s'appliquait à toute une succession et qu'elle ne pouvait être intentée qu'une fois, peut-être même la rédaction de la formule (4), ne permettaient-ils pas de l'exercer pour une fin aussi limitée. Mais les mêmes raisons ne se retrouvent pas pour l'action *communi dividundo*. Elle peut concerner un seul bien; elle pourra concerner une seule part et ne servir qu'à l'attribution de son lot à un seul. Il suffira que la *demonstratio* ne fasse mention que de celui qui veut sortir d'indivision (*quod L. Titius*), peut-être en l'opposant aux autres (*quod L. Titius inter se et ceteros... postulavit*) (5).

On s'expliquerait alors que les Sentences de Paul et la constitution de Dioclétien refusent l'action *familiae erciscundae inter pauciores* (6). L'octroi qu'en fait le texte d'Ul-

(1) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 2, 4 : *Dubitandum autem non est, quin familiae erciscundae judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit*; Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 8, *pr.* : *Et si non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc judicium inter eos accipi potest.*

(2) *Compensazione* (*Ann. di Palermo*, t. XII (1929), p. 225, n. 4.

(3) *Sent.*, I, 18, 4; C. J., 3, 36, *F. E.*, 17.

(4) Cela serait vrai pour une formule *quod... heredes... postulaverunt*, mais plus contestable pour celle que M. Lenel propose accessoirement : *quod C. Seius inter se et ceteros L. Titii heredes* (*Edictum*, p. 207).

(5) Lenel, *Edictum*, p. 211.

(6) Il faut, en outre, noter que la lecture des *Sentences* est ici douteuse (Redenti, *Archivio giur.*, t. LXXIX (1907), p. 78, n. 1), ce qui diminue encore la valeur de cette source médiocre, et que la constitution n'a pour objet que de condamner la fraude qui consisterait à exclure certains ayants droit du partage.

pien pourrait être le produit d'une interpolation (1), les Byzantins n'ayant plus trouvé de raison suffisante pour justifier la différence entre les deux actions.

Ainsi, le partage dont on retarde conventionnellement l'exercice, auquel on soustrait temporairement certains biens ou certaines personnes, ne semble pas avoir été souhaité aussi vivement qu'on l'a parfois dit. Sans doute est-il un droit dont on ne peut priver les *socii*, et son existence remonte aux origines du droit romain historique. Mais si l'on ne pouvait leur en interdire l'exercice, rien ne prouve qu'ils fussent impatients d'en user.

SECTION II

Les modes de réalisation du partage.

Outre des procédés indirects de partage, dont il suffira de signaler l'existence, on peut distinguer trois types de partage, que nous envisagerons successivement : le partage conventionnel, le partage opéré par un tiers, le partage judiciaire.

On peut sortir de l'indivision par l'aliénation de sa part dans le bien commun (2). Si l'action en partage reste possible après cette aliénation, elle ne servira qu'à régler les opérations faites pendant l'indivision (3).

Cette aliénation pourra d'ailleurs revêtir des formes diverses. La plus commune était sans doute la vente, mais Modestin signale également l'échange (4). Ce ne sont là que des procédés indirects, permettant de sortir de l'indivision, sans en faire cesser l'existence. La vente de la *pars* a en outre l'inconvénient d'imposer aux *socii* un nouveau membre, qu'ils n'ont

(1) Tandis que le texte de Paul ne présente aucune faute de forme, celui d'Ulpien débute par *dubitandum autem... quin*, de manière assez suspecte.

(2) Neratius (3 *Memb.*), D. 10, 2, *F. E.*, 54; Caracalla, C. J., 3, 37, *F. E.*, 1, *pr.* (213); Alexandre Sévère, *h. t.*, 3, *pr.* (224).

(3) *Supra*, p. 367, n. 3.

(4) (5 *Resp.*), D. 23, 3, *de jure dotium*, 62 : *Titia... quartam hereditatis matris suae communem sibi cum fratribus mutavit et accepit pro ea parte fundum quasi emptione inter se facta.*

pu choisir. Aussi rencontre-t-on des hésitations sur la validité de semblable aliénation (1).

I. Partage conventionnel. — Le partage pouvait faire l'objet d'un contrat innommé que l'on a parfois rapproché de l'échange (2). L'usage nous en est connu par un texte de Modestin permettant, malgré cette répartition conventionnelle, un nouveau partage pour un bien frauduleusement dissimulé par un copartageant : à l'*exceptio pacti conventi*, on opposera la réplique de dol (3). Et Hermogénien applique à ce contrat la règle des contrats innommés, selon laquelle il ne peut, à lui seul, faire naître une action (4). Aussi doit-on lui donner la forme d'une stipulation, ou éventuellement y adjoindre des clauses pénales.

Nous ne nous attacherons pas ici au problème de la sanction de la convention de partage, qui n'est qu'un aspect du problème beaucoup plus vaste de la sanction des contrats innommés. Cela nous entraînerait hors du domaine propre de nos recherches.

Mais nous voudrions signaler les précieuses indications fournies sur ces conventions par les papyri d'Égypte. On ne saurait affirmer que leurs renseignements s'appliquent au droit romain *stricto sensu*. L'ancienneté de l'indivision en Égypte et la pratique de ces partages bien avant la conquête romaine sont une présomption inverse (5). Il est, d'autre part,

(1) *Supra*, p. 242, n. 7.

(2) Girard, *Manuel*, p. 634. Cf. Africain (6 *Quaest.*), D. 8, 3, *de serv. praed. rust.*, 33, *pr.*; Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 20, 3 (itp.).

(3) (2 *Resp.*), D. 2, 14, *de pact.*, 35.

(4) (2 *juris epit.*), D. 2, 14, *de pact.*, 45.

(5) Sur le système égyptien, *supra*, p. 6. Les actes de partage de l'époque romaine ne feront que reproduire, en substance, les actes de l'époque antérieure (Revillout, *Précis*, t. II, p. 812-813; cf. un exemple de ces partages du milieu du v^e^ s. av. J.-C., *eod.*, p. 452, et un contemporain de la conquête romaine, *P. Teb.*, 382 (30 av. à 1). Son maintien à l'époque romaine est attesté par l'allusion à la κατοχή dans l'édit de Marcus Rufus (89) (Girard, *Textes*, p. 179, l. 35-36) et par le *P. Oxyr.*, 713 (97)

bien connu que le droit romain ne s'imposa pas de façon absolue à l'Égypte, même après l'extension du droit de cité en 212 (1). Enfin certaines des clauses habituelles de ces actes les rapprochent de pratiques orientales analogues plutôt que du droit romain. Cependant ces actes présentent au moins l'intérêt de nous renseigner sur le droit provincial d'une des plus importantes régions de l'Empire. Nous avons en outre la preuve que les Romains d'Égypte pouvaient les utiliser (2). A ce double titre, ils méritent une mention.

Un grand nombre d'entre eux nous étant parvenu (3), il est possible d'en dégager l'aspect général. Leur forme est en effet presque toujours identique. L'acte indique les parties qui veulent procéder au partage et fait mention expresse de leur intention : ὁμολογοῦσιν (ou ὁμολογοῦμεν) διῃρῆσθαι. Puis il donne l'énumération des biens indivis à partager et la répartition qui en est faite entre les ayants droit. Enfin, viennent les clauses confirmatoires et parfois pénales, puis les *subscriptiones* des parties et des témoins.

Ce sont ces clauses finales, qui seules présentent un intérêt

(Mitteis *und* Wilcken, *Chrestomathie*, t. II, n° 314. Cf. Arangio-Ruiz, *Persone e famiglia nel diritto dei papyri*, p. 55).

(1) Boyé, *Le droit romain et les papyrus d'Egypte* (*Egypte contemporaine*, t. XX, p. 540-546); Taubenschlag, *Geschichte der Reception des römischen Privatrechts in Ägypten* (*Studi in onore di P. Bonfante*, t. I, p. 367-440).

(2) *B. G. U.*, 1575 (189-190), partage entre deux sœurs, Longinia Nemesilla Ρωμαια καὶ Ἀντινοΐς et Longinia Lukia, filles d'un vétéran (Cf. Taubenschlag, *Studi Bonfante*, t. I, p. 397).

(3) Par ex., *P. Teb.*, 383 (46) (Mitteis *und* Wilcken, *Chrestomathie*, t. II, n° 357); *B. G. U.*, 1037 (47); 234 (121); 444 (époque de Trajan); 241 (177) (Gradenwitz, *Einführung*, p. 69, 74-81; Revillout, *Précis*, t. II, p. 811, 813-815); *P. Ahm.*, 99 (179); *P. Fior.*, 50 (268); 51 (IIe s.); *P. Hamb.*, I, 65 (141-142); *P. Lips.*, 26 (IVe s.); *P. Lond.*, 293 (114) (Gradenwitz, *op. cit.*, p. 74); 233 (114) (Revillout, *op. cit.*, t. II, p. 812); *P. Oxyr.*, 503 (118); 1278 (214); 1637 (257/9); 1638 (282); *C. P. R.*, 11 (108); *P. Ryl.*, 156 (Ier s.); 157 (135); *P. Stras.*, 29 (289); *P. Michigan*, nos 99 (72), 98 (75) (Boak, *Two Contracts for division of Property from Graeco-Roman Egypt, Trans. of the am. Philolog. Ass.*, t. LII (1921), p. 82-95). Cf. sur ces actes et les diverses formes qu'ils peuvent revêtir, Kreller, *Erbrechtliche Untersuchungen*, p. 79-87.

juridique autant qu'historique (1). Elles affirment (2) que chacun des copartageants et ses ayants cause sera le maître absolu de la part qui lui est échue, à partir d'aujourd'hui et à toujours. Les parties respecteront les lots attribués à chacun. Si l'une d'elles viole cette promesse, elle sera condamnée à indemniser au double du dommage et des frais (judiciaires ?) (3) causés par son acte, et à verser, à titre de peine, une certaine somme (souvent deux cents drachmes d'or) à la victime et autant au fisc. Enfin, une dernière formule prévoit que l'on ne demandera rien dans l'avenir au delà de la part que l'on a obtenue.

Sans doute ces clauses ne se présentent pas toujours d'une façon absolument identique. Parfois on ne trouve pas mention de l'amende payée au fisc (*C. P. R.*, 11), ou bien le remboursement des frais est au simple, tandis que l'amende, au lieu d'être fixée à une somme déterminée, est au double de la valeur (du fonds ?) (*P. Strasb.*, 29). Parfois même on ne trouve que la promesse de respecter le partage (*P. Amh.*, 99).

Sous son aspect un peu vague, la dernière de ces clauses présente un intérêt tout particulier. On a signalé l'existence de formules analogues, interdisant les contestations futures dans les partages amiables du droit babylonien (4). Ces clauses, que l'on retrouve dans d'autres contrats (vente, échange), doivent assurer l'irrévocabilité du partage et empêcher d'en contester en justice les modalités. C'est ainsi que les parties s'interdisent de prétendre qu'un bien a été omis. Sans elles, le partage amiable ne serait pas à l'abri de ces discussions. Les contrats de Kerkouk (v. 1350-1250) sanctionnent cette prohibition en privant de sa part celui

(1) Cf. Berger, *Strafklauseln*, p. 179-188.

(2) Cf. par ex., *P. Teb.*, 383 (Mitteis *und* Wilcken, *loc. cit.*); *P. Lond.*, 293.

(3) La peine du double s'étend à la fois au dommage et aux frais, spécialement à ceux qu'aura pu occasionner une poursuite en justice (Berger, *op. cit.*, p. 27-28).

(4) Cuq, *Études sur le droit babylonien*, p. 66, 201-204; Boyer, *Contribution à l'histoire juridique de la première dynastie babylonienne*, p. 3-10.

qui violerait sa promesse (1). Il semble donc que l'on soit là en présence d'une pratique commune à plusieurs peuples d'Orient, sans analogie dans le droit romain. Son emploi dans les actes de partage confirmerait leur caractère strictement oriental.

Peut-être une allusion à cette clause se retrouve-t-elle dans une réponse de Scaevola, déclarant que la *poena* était due par un copartageant qui avait réclamé aux héritiers de l'autre les biens de ce dernier en se prévalant d'un fidéicommis, et malgré la promesse faite dans le contrat de partage de ne pas le contester à l'avenir (2). On retrouverait ainsi, en droit romain classique, un écho des pratiques du partage oriental.

Ces actes de partage, comme tous ceux affectant la condition juridique des biens-fonds, faisaient l'objet d'une inscription au livre foncier. Certaines de celles-ci nous sont parvenues et c'est là pour nous une seconde série de documents. Nous lui devons la connaissance de l'impôt perçu à l'occasion des partages (3).

Enfin, le partage ne se présentait pas toujours sous forme d'un simple acte privé. Il pouvait revêtir la forme officielle de la συγχώρησις, acte dressé par un fonctionnaire judiciaire, constatant l'accord des parties. Le plus souvent ces actes correspondaient à l'exercice éventuel par le fonctionnaire d'une juridiction contentieuse. Au début de l'Empire, ils font encore allusion au conflit, réel ou fictif, qui existait entre les parties, mais par la suite toute trace en disparut. Nous n'avons, pour l'époque romaine, aucun acte de partage judiciaire (4). Sans permettre d'affirmer que celui-ci n'existait pas, le fait

(1) Cuq, *op. cit.*, p. 428.

(2) (28 *Dig.*), D. 45, 1, *de verb. obl.*, 122, 6; cf. Berger, *Strafklauseln*, p. 86-87.

(3) *P. Oxyr.*, 274, l. 7 (et 29?) (Meyer, *Jurist. Pap.*, n° 60).

(4) E. Weiss, *Archiv f. Papyrusf.*, t. IV (1908), p. 363; Kreller, *Erbrechtliche Untersuchungen*, p. 93-95. Le *B. G. U.* 241 n'est pas, comme le croyait Revillout (*Précis*, t. II, p. 813-815), un partage judiciaire. Le magistrat ne fait que dresser officiellement acte de l'accord intervenu.

prouve, pour le moins, la rareté de ses applications. Des actes de partage dressés par le magistrat, à l'époque ptolémaïque, se réfèrent encore au conflit entre copartageants (1). Mais ceux qui nous sont parvenus de l'époque romaine, et qui sont d'ailleurs tardifs, n'en portent aucune trace (2).

Ces actes, comme les contrats de partage ordinaires, après la mention du juge saisi et des copartageants, énumèrent les biens à partager, la volonté des parties de procéder au partage, la base sur laquelle il se fera (par parts égales ou non) et les fractions attribuées à chacun. Enfin, vient la clause affirmant la pleine propriété de chacun sur son lot, et parfois celle obligeant à respecter le partage (3). Des clauses annexes pouvaient être insérées dans l'acte, constatant des aliénations entre les copartageants, la création de nouvelles indivisions, ou l'exclusion de certains biens du partage. De même, pouvait-on réserver le droit de partager ce qui, par la suite, viendrait à être découvert dans la succession (4).

II. **Partage opéré par un tiers.** — Sous cette rubrique nous entendons aussi bien le partage que les indivisaires remettent à l'arbitrage d'un tiers que celui qui est prévu par l'acte même qui a créé l'indivision.

Le premier de ces procédés devait convenir tout particulièrement au règlement de l'indivision. Les actions en partage avaient présenté ce caractère d'*arbitria*. Le partage était confié à un *arbiter*, alors même qu'il était fait en justice. Le partage amiable devait de même être parfois remis à un arbitre. La décision de ce dernier ne s'imposait que s'il avait été désigné

(1) Cf. les actes cités par Revillout (*Précis*, t. I, p. 724-727) : « J'ai fait action avec toi, devant les juges... ».

(2) *P. Teb.*, 319 (248) (Meyer, *Jurist. Papyri*, n° 53); *B. G. U.*, 241 (177); 1575 (189-190). Le fonctionnaire saisi est l'archidicaste d'Alexandrie.

(3) *B. G. U.*, 241, où les lacunes du papyrus ne permettent pas de rétablir la teneur exacte de toute cette clause.

(4) *P. Teb.*, II, 319, l. 20-35.

à la suite d'un compromis. Sinon, on pouvait en contester le caractère équitable (1).

Le testateur ou le donateur pouvait, en attribuant ses biens à plusieurs bénéficiaires, indiquer les fractions selon lesquelles le partage matériel serait ultérieurement opéré.

La *donatio Syntrophi* contient une clause de ce genre, par laquelle le donateur prévoit le partage égal des revenus du bien indivis entre tous les bénéficiaires (2).

Un texte d'Ulpien signale semblable partage opéré par le père entre ses fils et déclare que Modestin y voyait : « *non... simplicem donationem, sed potius supremi judicii divisionem* » (3). Ici encore, les papyri fournissent de nombreux exemples concrets de partages opérés par les parents. Ils se présentent sous les formes les plus diverses. Tantôt c'est un acte de dernière disposition, tantôt l'acte, rédigé dans une forme qui rappelle celle du testament, est en réalité essentiellement un partage d'ascendant (4). Ou bien c'est un testament réciproque entre les parents, donnant au survivant le droit de partager les biens ὡς ἐάν αὐτῶ δοκῇ (5). Dans d'autres documents, le partage est opéré lors du contrat de mariage des enfants (6).

Mais l'intérêt de ces actes est pour nous limité, parce qu'ils se réfèrent incontestablement à des usages grecs ou égyp-

(1) Proculus (5 *Epist.*), D. 17, 2, *pro socio*, 76, *i. f.* Le texte concerne la répartition des profits dans la société, mais il peut fournir un argument d'analogie pour le partage d'une indivision.

(2) *Parique portione inter* [*v*]*os reditum ejus custodiatis ita, ut... ex for mula su*[*pra scripta dividatis*]. Il s'agit d'une répartition des fruits, plutôt que d'un partage véritable.

(3) D. 10, 2, *F. E.*, 20, 3.

(4) *B. G. U.*, 86 (155) (Mitteis *und* Wilcken, *Chrestomathie*, t. II, n° 306); *P. Giss.*, 255 (119) (*Archiv für Papyrusf.*, t. X (1332), p. 213-215), où l'acte est qualifié de μεριτία.

(5) *P. Oxyr.*, 493 (début du II^e^ siècle) (Mitteis *und* Wilcken, *op. cit.*, n° 307). Le sens de cette clause est douteux : donne-t-elle le droit de faire des parts inégales ou impose-t-elle le respect du partage aux enfants (Mitteis *und* Wilcken, *Grunzüge*, t. II, p. 246)?

(6) *B. G. U.*, 183 (85) (Mitteis *und* Wilcken, *op. cit.*, n° 313). Cf. Revillout, *Précis*, t. II, p. 1132.

tiens (1), et sont le plus souvent sans correspondant en droit romain classique. Ils éclairent davantage le droit du Bas-Empire; la faveur dont ils semblaient jouir dans les provinces orientales ne fut peut être pas sans influencer la législation post-classique, favorable elle aussi aux partages d'ascendant (2).

III. **Partage judiciaire.** — Si les parties n'ont pu se mettre d'accord sur l'opportunité du partage ou ses modalités, si elles n'ont pas voulu se confier à l'arbitrage d'un tiers, ou pu exécuter les prescriptions du disposant, elles doivent recourir au partage judiciaire. Cette dernière forme nous est particulièrement bien connue par les descriptions de l'*officium judicis*, que font à son propos les juristes classiques. Connaissant la technique des actions en partage, nous pourrons consacrer toutes nos explications à ce dernier point.

C'est dans la confection des lots qu'apparaît avec une particulière netteté la liberté laissée au juge. La plupart des textes ne signalent que des principes directeurs généraux, lorsqu'ils ne se contentent pas de décrire simplement son activité habituelle. L'égalité du partage, le souci de satisfaire le plus possible les exigences de chacun (3), telles sont les deux principales règles qui s'imposent à lui. Sans doute, ses pouvoirs sont précisés par l'objet même de sa mission : il doit opérer le partage, et en principe un partage total (4). Tout

(1) Revillout, *Précis*, t. I, p. 600; Mitteis *und* Wilcken, *Grunzüge*, t. II, p. 244-245. Sur ces actes, Rabel, *Elterliche Teilung* (*Festschrift zur 49. Versammlung deutsch. Philologen und Schulmänner*, Basel, 1907); Kreller, *Erbrecht. Untersuch.*, p. 237-245.

(2) C. Th., 2, 24, 1 (321).

(3) Ulpien (31 *ad Sab.*), D. 10, 3, *C. D.*, 21 : *Judicem in praediis dividundis quod omnibus utilissimum est vel quod malint litigatores sequi convenit.*

Il doit également respecter la volonté du *de cujus* : Papinien (6 *Resp.*), D. 28, 5, *de hered. inst.*, 79 (78), *pr.* (Contre la pureté du texte, Ciapessoni, *Studi Bonfante*, t. III, p. 724, n° 278).

(4) Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 20 : *Judex familiae erciscundae*

acte qui dépasserait le cadre de cette fonction lui est interdit. C'est ainsi qu'il peut grever de servitude une fraction du bien partagé au profit d'un autre, alors qu'il ne pourrait le faire au profit d'un fonds antérieurement propre à l'un des copartageants (1). Le premier acte est une opération de partage : il a pour objet de rendre utilisable l'un des lots. Le second ne présenterait pas ce caractère, car il concernerait un bien qui n'a jamais fait partie de la masse indivise.

Nous n'avons pas à insister ici sur les nombreuses opérations qui seront de la compétence de l'arbitre pour établir la composition de la masse partageable lorsque l'indivision porte sur une succession. Il devra statuer sur la *collatio dotis* (2), le paiement des legs à des tiers (3), l'exercice de legs *per praeceptionem* (4). Ce sont là des questions qui relèvent de la matière des successions, plus que de l'indivision.

Dans l'attribution des biens, la plus grande liberté lui est accordée. Il peut adjuger une chose à plusieurs ou la liciter à un seul (5). Il peut attribuer à l'un la propriété et à l'autre l'usufruit (6). Si le partage n'est pas réalisable sans dommage, le bien impartageable sera remis pour le tout à un seul, qui compensera cet avantage par le paiement de soultes (7).

nihil debet indivisum relinquere. Cela tient au caractère général de l'action *F. E.* La même règle ne se rencontre pas pour l'action *C. D.* (*supra*, p. 380).

(1) Javolenus (2 *Epist.*), D. 10, 3, *C. D.*, 18 : *Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra id quod in judicium deductum est excedere potestas judicis non potest.*

(2) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 20, *pr.*; (40 *ad ed.*), D. 37, 7, *de dot. col.*, 1, *pr.*; Dioclétien, C. J., 6, 20, *de col.*, 8 (290).

(3) Gaius (7 *ad ed. prov.*), D. 10, 2, *F. E.*, 26 et 28.

(4) Gaius, II, 219; Pomponius (6 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 42; Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 22 (cf. *Sent.*, 3, 6, 1); Ulpien (19 *ad ed.*), D., *h. t.*, 8, *pr.*; (15 *ad Sab.*), D. 30, *de leg.*, 17, 2.

(5) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 22, 1.

(6) Gaius (7 *ad ed. prov.*), D. 7, 1, *de usufr.*, 6, 1.

(7) Caracalla, C. J., 3, 37, *C. D.*, 1 (213); Ulpien (2 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 55 (la forme du texte a été remaniée); (19 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 6, 9; (32 *ad ed.*), D. 19, 1, *de act. empt. vend.*, 13, 17; cf. I. J., 4, 17, *de off. jud.*, 4-5, qui reproduisent un passage classique (Berger, *Teilungsklagen*, p. 100).

Lorsque plusieurs copartageants se trouvent ainsi réciproquement débiteurs de soultes, le juge en opérera la compensation et ne condamnera qu'au reliquat (1).

Pour le calcul de ces soultes Paul oblige le juge à faire l'estimation des biens au juste prix (2). Julien avait posé en cette matière une règle plus précise, en spécifiant que l'estimation devait être faite d'après la valeur du bien avant le partage, et non pas d'après celle des futurs lots additionnés les uns aux autres (3). Cette règle peut surprendre : la valeur des lots devrait, semble-t-il, fixer l'importance des soultes. Elle était cependant parfaitement justifiée. Si l'on n'avait pas adopté cette base d'évaluation, l'un des copartageants aurait pu se faire attribuer tous les lots faits dans un seul bien, et n'offrir que la soulte correspondant aux diverses fractions. Il aurait gardé le bénéfice de la plus-value résultant du maintien de l'unité du bien.

Le principe de l'estimation de la chose à son « juste prix » entraîne une conséquence importante lorsque les copartageants n'ont sur elle qu'un simple droit de gage. Le *justum pretium* n'est pas alors la valeur réelle de la chose (*verum pretium*), mais celle qu'elle présente pour les copartageants, c'est-à-dire la valeur de la créance garantie. Le juge ne devra

(1) Julien (2 *ad Urseium Ferocem*), D. 10, 2, *F. E.*, 52, 2 (cf. Berger, *Teilungsklagen*, p. 97-99). Le texte est tenu pour complètement interpolé par M. Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 271. Mais il reconnaît : « *nur der Mehrkriegende war condemnandus* ».

La formule *alterum alteri condemna* est favorable à l'exercice de la compensation judiciaire. On ne saurait objecter le rejet de la compensation fait par Marcellus et Ulpien dans l'action *pro socio*, car ces textes (D. 17, 2, 23, 1 et *h. t.*, 26) concernent le règlement d'opérations de gestion qui sont *ex dispari causa*, alors qu'ici il s'agit de soultes ayant leur origine dans le partage.

(2) (23 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 10, 2. Contre l'interpolation du terme *justum pretium*, soutenue par M. Albertario (*B. Ist. D. R.*, t. XXXI (1921), p. 7), v. E. Levy, *Z. S. St.*, t. XLIII (1922), p. 534.

(3) (2 *ad Urseium Ferocem*), D. 10, 2, *F. E.*, 52, 3 : *Cum familiae erciscundae vel communi dividundo agitur, universae res aestimari debent, non singularum rerum partes.*

pas estimer la chose à son *verum pretium*, que l'on pourrait appeler sa valeur marchande (1), mais au montant de cette créance. Cette remarque ne présente qu'un intérêt limité lorsque le gage est partagé entre les divers créanciers (2); mais elle en prend un, très certain, quand il est attribué à un seul. C'était, sans doute, à propos de ce cas qu'Ulpien précisait ces règles d'évaluation (3). On peut, grâce à ces indications, dégager la règle générale suivie par le juge dans l'estimation des biens à partager : il devait les estimer d'après la valeur qu'ils présentaient pour les indivisaires au moment du partage.

Le partage ne soulevait pas de difficultés théoriques particulières lorsqu'il portait sur un droit de propriété. Seule la composition matérielle des lots pouvait exiger quelque habileté de l'arbitre. Mais si l'indivision comprenait également des créances ou des dettes, ou si elle avait pour objet des *jura in re aliena*, des problèmes juridiques nouveaux s'imposaient à l'attention des jurisconsultes.

Le principe de la division de plein droit des créances et des dettes les faisait le plus souvent échapper aux règlements de partage (4). Celui-ci s'opérait selon les parts héréditaires entre cohéritiers, par part virile ou en proportion du droit de copropriété de chacun dans les autres cas (5). Mais ces

(1) Ce sens de *verum pretium* est confirmé par un autre texte d'Ulpien qui l'oppose au *quod interest* (37 *ad ed.*, D. 47, 2, *de furt.*, 50, *pr.*). Si le terme de *justum pretium* est souvent byzantin (Albertario, *B. Ist. D. R.*, t. XXXI (1921), p. 1-19), on ne peut ériger cette remarque en principe absolu.

(2) Elle peut en offrir un en ce qui concerne l'impôt payé pour les partages, que nous révèlent les documents d'Égypte (*supra*, p. 388).

(3) (20 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 7, 12 : *Inter eos, qui pignori acceperunt, talis divisio fieri debet, ut non vero pretio aestimetur pars, sed in tantum dumtaxat, quantum pro ea parte debetur, et adsignetur quidem pignus uni ex creditoribus.* L'interpolation de la finale *et adsignetur...* a été soutenue par M. Naber, *Mnemosyne*, t. XXXVIII (1910), p. 249.

(4) *Supra*, p. 196.

(5) Par ex. au cas d'acquisition par le *servus communis* (*supra*, p. 234-236).

règles pouvaient être modifiées par la volonté d'un tiers, en général du testateur, ou par celle des parties.

Le testateur pouvait imposer un partage inégal des créances et des dettes, par exemple en autorisant à prélever une somme par préciput (1), ou bien en mettant nominativement les legs à la charge des héritiers, ce qui, d'après l'interprétation de Neratius (2), condamnée plus tard par Paul (3), obligeaient ceux-ci par part virile et non en proportion de leur vocation héréditaire.

Dans certains cas, la division des créances et des dettes présentait des inconvénients, en obligeant tous les copartageants à agir chacun pour leur part. Il pouvait être plus avantageux d'attribuer pour le tout certaines créances ou dettes à tel copartageant, qui les ferait valoir ou serait poursuivi pour le tout. Mais on ne pouvait, spécialement au cas d'indivision successorale, éviter la division de plein droit. Celle-ci s'opérait de façon automatique au décès du *de cujus*. Pour corriger ce résultat on avait alors recours à la cession de créance par *procuratio in rem suam*. L'un des cohéritiers recevait mandat de faire valoir la part de créance échue à son cohéritier, sans être tenu de rendre compte. A la fraction qu'il faisait ainsi valoir à titre de mandataire, s'ajoutait la sienne propre, et ainsi était rétablie à son profit l'intégralité de la créance. Le mandat judiciaire pouvait résulter de l'accord des parties (4). Mais il pouvait également leur être

(1) Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 22. Ces prélèvements préciputaires ne servaient pas uniquement à favoriser l'un des *socii*, mais aussi à rétablir l'égalité à son profit (par ex. au cas d'acquisition faite par l'esclave commun *ex re unius*; *supra*, p. 235). V. encore sur ces préciputs, Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 20, §§ 1, 2, 5-8; Pomponius (6 *ad Sab.*), D., *h. t.*, 42.

(2) (5 *Memb.*), D. 30, *de leg.*, 124.

(3) (8 *ad Plautium*), D. 45, 2, *de duob. reis*, 17.

(4) Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 2, 5 : *In hoc judicium etsi nomina non veniunt, tamen, si stipulationes interpositae fuerint de divisione eorum, ut stetur ei et ut alter alteri mandet actiones <cognitoremque vel> procuratorem[que] eum in suam rem faciat, stabitur divisioni.*

imposé par le juge du partage, désireux de simplifier le recouvrement des créances (1).

Le procédé n'aboutissait pas cependant au même résultat que l'attribution à un seul d'une créance pour le tout. Celui qui obtenait la créance n'était pour une part que mandataire des autres (2), et comme tel exposé aux fins de non-recevoir opposables au mandant et aux causes de caducité ou de révocation qui pouvaient éteindre son mandat. Le mandant restait titulaire de la créance : il pouvait la faire valoir et en priver le mandataire (3). Ces inconvénients étaient inhérents au régime classique de la cession de créance ; l'imperfection de celle-ci ne permettait pas d'écarter complètement les effets de la division de plein droit des créances et des dettes (4).

Le partage des *jura in re* devait poser des questions plus délicates. Tantôt leur caractère personnel interdisait l'adjudication à un tiers. Tantôt leur indivisibilité semblait devoir écarter tout partage. Ces caractères ne sont pas sans avoir conduit certains auteurs à déclarer ici impossible l'exercice des actions en partage, et à proposer d'y substituer d'autres actions dont le seul objet eût été de régler l'exercice du droit (5).

De ces divers droits, c'était l'usufruit qui s'opposait le

(1) Gaius (7 *ad ed. prov.*), D. 10, 2, 3 : *Plane ad officium judicis nonnumquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido aliis alia adtribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet.*

(2) D. 10, 2, 3 : *Nec tamen scilicet haec adtributio illud efficit, ut quis solus totum debeat vel totum alicui soli debeatur, sed ut, sive agendum sit, partim suo partim <cognitorio aut> procuratio nomine agat, sive cum eo agatur, partim suo partim <cognitorio aut> procuratorio nomine conveniatur.*

(3) Ce sont les effets de la cession de créance, aggravés par l'imperfection du procédé que constitue la *procuratio in rem suam*. Nous n'avons pas à insister sur eux. Cf. par ex., Cuq, *Inst. jur.*, p. 639; Girard, *Manuel*, p. 778-779.

(4) C'est en ce sens qu'il faut entendre l'attribution de créance *in solidum* aux divers copartageants, dont parle Scaevola D. 20, 5, 11 (*supra*, p. 183, n. 2).

(5) *Supra*, p. 159, 174, n. 1.

moins à faire l'objet d'un partage. On pouvait en accorder à chacun l'exercice exclusif sur une fraction du bien. Cette solution n'était cependant pas toujours acceptable. La nature du bien, son peu d'étendue pouvaient s'opposer au morcellement des droits. On parait alors à l'impossibilité de l'adjudication à un tiers (1) par une concession à bail, les usufruitiers se partageant les revenus du fermage. Ou bien, sans recourir à ce procédé, les usufruitiers exerçaient à tour de rôle l'usufruit pendant un certain délai. Ces trois procédés sont indiqués par Ulpien (2). Le dernier trouve une confirmation indirecte dans un papyrus qui fait connaître la répartition conventionnelle de la jouissance d'un colombier entre quatre personnes (3). L'acte précise que le roulement se fera tous les quatre ans : deux des bénéficiaires exerçant en commun leur droit les années 1 et 3 (4), les deux autres respectivement les années 2 et 4. Le changement de titulaire se fera le premier jour intercalaire (24 août), les parties s'engageant à ne pas diminuer la productivité de la chose pendant qu'elles en auront la jouissance exclusive.

Si à côté d'un simple règlement d'exercice, l'usufruit pouvait faire l'objet d'un partage véritable, il en était différemment pour les servitudes et l'usage, droits indivisibles. A leur égard le partage ne pourra s'opérer que d'une façon toute spéciale.

(1) Ulpien et Paul, D. 10, 2, *F. E.*, 14, 1 et 15.

(2) (20 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 7, 10 : *Cum de usu fructu communi dividundo judicium agitur, judex officium suum ita diriget, ut vel regionibus eis uti frui permittat : vel locet usum fructum uni ex illis : vel tertiae personae, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant : vel si res mobiles sint, etiam sic poterit, ut inter eos conveniat caveantque per tempora se usuros et fruituros, hoc est ut apud singulos mutua vice certo tempore sit usus fructus.*

(3) *Pap. Oxyr.*, n° 1278 (214). M. Wenger (*Krit. Vierteljahressch.*, t. XVIII (1919), p. 39) observe, avec raison, qu'il s'agit moins du partage d'un usufruit que de la répartition des profits d'un bien indivis. Néanmoins ce procédé pourrait être employé s'il s'agissait de partager un usufruit indivis.

(4) Peut-être parce qu'étant mineurs leur droit sera exercé par leur représentant commun (tous deux sont représentés dans l'acte par leur mère).

Il faut, selon la distinction exposée plus haut (1), mettre à part les cas où la servitude est indivise par suite de l'indivision du fonds sur lequel elle porte. La servitude suivra alors le sort du bien partagé, subsistant pour le tout sur le bien attribué à un seul ou sur chacun des lots qui en seront formés. Le seul cas qui mérite ici une mention est celui où la servitude appartient à plusieurs personnes qui n'ont entre elles aucun lien de copropriété. Il y a alors concours de servitudes, plutôt qu'indivision au sens strict du terme (2). La servitude étant indivisible, l'action tendra simplement à en régler l'exercice. On s'explique dès lors que les textes relatifs à ce problème ne concernent que des servitudes dont l'exercice est privatif. Si, sauf de rares exceptions, une servitude de passage peut être exercée concurremment par divers titulaires, sans gêne réciproque, il n'en va pas de même d'une servitude d'aqueduc, car la quantité d'eau prise par l'un diminue d'autant la part de l'autre. Aussi les jurisconsultes traitent-ils tout particulièrement de ce dernier cas.

Ce caractère particulier de l'action en partage est bien mis en relief par Julien, dont la doctrine semble avoir eu ici une importance toute spéciale. L'action ne tend pas au partage, mais à fixer : *quemadmodum utantur* (3). On attribuera à chacun soit une certaine quantité d'eau, soit certains moments pendant lesquels il aura l'exercice exclusif de la servitude (4).

A l'indivisibilité, qui fait obstacle à un partage du droit, s'ajoute l'inaliénabilité qui rend impossible l'adjudication de la servitude à un tiers. Celle-ci est en effet un droit attaché au fonds, dont on ne saurait concevoir l'attribution à un autre qu'au propriétaire.

(1) *Supra*, p. 163.
(2) *Supra*, p. 166.
(3) D. 43, 20, 4 (*supra*, p. 164, n. 3).
(4) Julien (4 *ex Minicio*), D. 43, 20, 5, *pr.* : *Cum constet non solum temporibus, sed etiam mensuris posse aquam dividi.* Cf. § 1 ; Paul, D. 10, 3, 19, 4, *i. f.* (*supra*, p. 170, n. 4).

Les mêmes difficultés se rencontrent en matière d'usage. Ici aussi le droit est indivisible et son partage impossible. Il est en outre personnel, et l'on ne peut par suite l'adjuger à un tiers. On ne pouvait donc faire cesser l'usage commun qu'en organisant un système d'usages alternatifs, comparable à celui qui existait en matière d'usufruit, ou en attribuant l'usage à un seul, contre versement d'une soulte aux autres. Le seul texte relatif à cette question est malheureusement interpolé. Après avoir signalé les difficultés soulevées par le partage de l'usage et annoncé l'examen des solutions possibles, il tourne court, pour donner une réponse dont l'inélégance de forme autant que l'incohérence de fond témoignent d'une retouche byzantine (1). Celle-ci eut pour objet d'écarter toute la discussion doctrinale qui, dans le texte classique, précédait la solution adoptée et de fournir de celle-ci une pseudo-explication. Mais le mode de partage proposé par le texte, l'attribution de l'usage à un seul, peut fort bien remonter à l'époque classique.

Le juge devait enfin assurer le respect du partage qu'il avait effectué. En principe, celui-ci rendait les parties étrangères les unes aux autres; dans certains cas, toutefois, il n'opérait pas une rupture totale de tous les rapports antérieurs.

Nous venons de voir que pour l'usufruit ou l'usage le partage se réduisait souvent à un simple règlement de l'exercice du droit. Il était nécessaire d'en garantir le respect. De même, lorsqu'une dette indivisible grevait les copartageants, elle pouvait être exercée pour le tout contre chacun d'entre

(1) Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 10, 1 : *Si usus tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo judicio, videamus.* [*sed praetor interveniet et rem emendabit, ut, si judex alteri usum adjudicaverit, non videatur alter qui mercedem accipit non uti, quasi plus faciat qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit*]. L'interpolation a été particulièrement démontrée par M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 45-46); Krüger, *Dig.*, et les auteurs cités p. 174, n. 1.

eux, quand bien même elle eut été mise pour le tout à la charge d'un seul. Le partage, en effet, ne pouvait modifier le droit des tiers. Ici encore il était nécessaire de garantir l'exercice du recours de celui qui avait payé le tout contre ses co-débiteurs. Sinon, l'égalité réalisée par le partage se serait trouvée par la suite violée. Enfin si certaines actions étaient engagées par l'un des indivisaires au moment du partage, il fallait prévoir les règlements auxquels leur résultat pourrait donner lieu.

Dans ces diverses hypothèses, le juge obligeait les parties à fournir la promesse de respecter le partage ou d'opérer entre elles les règlements nécessaires à en rétablir l'égalité (1). Il assurait ainsi le respect de ses opérations, et rendait inutile une nouvelle demande en justice.

SECTION III

Effets du partage.

C'est essentiellement le partage judiciaire qui doit ici faire l'objet d'un examen spécial. Les effets du partage conventionnel ou de celui opéré par l'arbitre *ex compromisso* relèvent de la théorie générale des contrats. L'action en partage, au contraire, a des effets propres qu'il convient de mentionner. Nous signalerons accessoirement les questions relatives au partage conventionnel.

Trois points sont à envisager : l'effet du partage entre les parties, son effet à l'égard des tiers, les effets de l'erreur ou de lésion dans le partage.

I. Effets entre les parties (2). — Pour nous limiter au cas le plus fréquent, le partage d'une copropriété, l'*adjudicatio*

(1) Usufruit, D. 10, 2, *F. E.*, 16, *pr.*; 10, 3, *C. D.*, 7, 10; obligation indivisible, D. 10, 2, 25, §§ 10, 12, 13; actes postérieurs au partage, D., *h. t.*, 19 et 47, *pr.*

(2) Nous avons vu plus haut (*supra*, p. 360) que l'exercice de l'action n'interrompt pas la gestion des copropriétaires.

attribue aux copartageants la propriété exclusive de leur lot, propriété quiritaire au cas de *judicium legitimum*, propriété prétorienne au cas de *judicium imperio continens* (1).

Cet effet de l'action en partage peut inciter à la comparer à un mode de constitution des droits réels en justice : l'*in jure cessio*. Dans un cas comme dans l'autre, on est en présence d'une reconnaissance judiciaire de la propriété. Toutefois, même en tenant l'*in jure cessio* pour un procès fictif, ne dépassant pas la première phase de l'instance (2), les analogies de forme restent superficielles et ne résistent pas à un examen de détail. Tandis que le magistrat ne fait, dans l'*in jure cessio*, que ratifier la volonté des parties, en opérant le transfert par son *addictio*, l'arbitre de l'action en partage doit composer les lots et imposer sa décision aux copartageants. L'activité et la libre initiative laissée au second dépassent de beaucoup celles du premier. D'autre part, dans le premier cas, c'est de l'*addictio* d'un magistrat que résultera la constitution ou le transfert du droit, tandis qu'au second elle est le produit d'une adjudication faite par un arbitre, grâce aux pouvoirs que lui confère la formule.

Quant à la fonction même des deux institutions, l'identité n'est pas absolument certaine. L'*in jure cessio* est incontestablement, en droit classique, un mode de transfert autant qu'un mode de création des droits (3). Le caractère translatif du jugement de partage est au contraire moins évident (4). La conséquence logique d'une doctrine défendue par de nom-

(1) Paul (6 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 44, 1 : *Si familiae erciscundae vel communi dividundo actum sit, adjudicationes praetor tuetur exceptiones aut actiones dando.* D'après MM. Lenel (*Paling.*, n° 1740) et Arangio-Ruiz (*B. Ist. D. R.*, t. XXXII (1922), p. 7) le texte primitif visait expressément le *judicium imperio continens*. Cf. pour l'usufruit, Paul (1 *Man.*), F. V., 47 *a*.

(2) C'est là l'opinion à peu près unanime, contestée cependant par MM. Wlassak (*Z. S. St.*, t. XXVIII (1907), p. 76-83) et Lévy-Bruhl (*R. H. D.*, (1932), p. 205-227).

(3) Cela résulte par exemple de Gaius, II, 24, comparé au § 22, et II, 38.

(4) Frezza, *Actio C. D.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 23.

breux auteurs et selon laquelle la copropriété n'est qu'une propriété ordinaire, limitée par l'exercice de droits concurrents, ferait tenir l'adjudication pour un acte qui, tout en diminuant l'étendue du droit et en le limitant à une fraction du bien, en fortifie l'efficacité par l'exclusion de tout droit concurrent. Le droit, pourrait-on dire, gagne en vigueur ce qu'il perd en étendue. On éviterait ainsi de recourir à l'idée de transferts réciproques des droits de chacun sur chaque molécule de la chose.

Cette conséquence extrême de la théorie n'est cependant pas adoptée par ses partisans. Scialoja, qui a particulièrement développé ces principes, tient le partage pour une aliénation de la part indivise, que vient remplacer une propriété exclusive sur une fraction matérialisée du bien (1). On pourrait d'ailleurs avoir quelques doutes sur la valeur d'une semblable conception. Elle s'inscrit en dehors des textes, qui, s'ils peuvent être interprétés d'après elle, ne se présentent jamais comme inspirés par elle. Sa conformité à leurs solutions n'est d'ailleurs pas absolument certaine.

C'est ainsi que Marcellus déclare que si, par erreur, on a compris dans la masse partageable des biens qui ne faisaient pas partie de l'indivision, l'adjudicataire n'en deviendra propriétaire que par usucapion (2). Le partage judiciaire ne peut donc qu'attribuer la propriété exclusive des biens qui étaient auparavant la copropriété des parties. En d'autres termes, il ne fait que transférer la propriété des divers titulaires à un seul. Et ce caractère doit, *a fortiori*, s'appliquer au partage conventionnel.

Mais c'est par l'examen des textes relatifs à la garantie d'éviction, que l'on peut espérer préciser avec plus de netteté

(1) *Proprietà*, t. I, p. 499 : *Ciascun condomino aliena la sua quota di condominio, sostituendo in cambio di essa la cosa di cui deviene domino solitario.*

(2) (17 *Dig.*), D. 41, 3, *de usurp. et usuc*, 17 : *Si per errorem de alienis fundis quasi de communibus judicio communi dividundo accepto ex adjudicatione possidere coeperim, [longo tempore] capere possum.*

le caractère du partage. Son existence prouverait que les copartageants sont ayants cause les uns des autres, et cela impliquerait que le partage opère des transferts réciproques.

Les causes dont peut résulter l'éviction sont de deux ordres très divers. Ou bien elles sont antérieures à l'indivision (par exemple, dans une indivision successorale, le fait du *de cujus*), ou bien elles sont dues au fait d'un des indivisaires. Car bien que celui-ci ne puisse engager au delà de sa part le bien commun, l'effet de cet acte partiel s'étend, pour partie, au bien tout entier, et cette situation subsiste après partage. Si, par exemple, l'un d'entre eux constitue un gage sur sa part indivise, ce gage grèvera, pour partie, toute fraction partagée (1).

Les textes ne font pas la distinction entre ces deux causes possibles d'éviction. La généralité même de leurs formules prouve qu'ils les embrassent cumulativement.

Nous envisagerons successivement ceux qui concernent le partage conventionnel, et ceux qui se réfèrent au partage judiciaire (2).

On avait cru longtemps que la garantie était ignorée des contrats de partage transmis par les papyri. Mitteis faisait observer, à ce propos, que le partage n'était pas une vente, et qu'en cas d'éviction on pouvait opérer un nouveau partage (3). Mais le *P. Oxyr.* 1638 fournit au moins un exemple d'une clause expresse de garantie d'éviction.

Quant aux textes juridiques, ils n'offrent que des données imprécises sur le régime classique. Seul, Papinien signale un recours au cas d'éviction (4). Il ne spécifie d'ail-

(1) *Infra*, p. 408.

(2) Cette distinction n'a pas été faite par M. Kamphuisen (*La garantie en cas d'éviction en droit romain*, *R. H. D.*, 1927, p. 634-636), qui ne consacre d'ailleurs qu'une étude rapide au partage.

(3) *Grundzüge*, t. II, p. 270-271 ; *P. Lips.*, p. 69. Cf. Kreller, *Erbrechtliche Untersuchungen*, p. 90.

(4) (28 *Quaest.*), D. 21, 2, *de evict.*, 66, 3.

leurs pas qu'il s'agisse d'un partage amiable, bien que cela semble résulter de la formule *divisione inter coheredes facta* et de l'absence de toute allusion à l'action en partage. Il ne donne pas plus de détails sur l'action par laquelle le copartageant évincé fera valoir son recours : *actio dabitur*. Seul l'objet du recours est un peu mieux indiqué : « *ut quanti sua interest actor consequatur, scilicet ut melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii, quo fuerat tempore divisionis aestimatus, diminuat vel excedat* ». Mais la pureté de ce dernier passage a été suspectée (1). Sur ce point cependant, il semble que l'on puisse faire crédit au texte. M. Riccobono (2) en déclare le style correct et n'émet des doutes que sur *melioris aut* et *vel excedat*, les deux verbes finaux ne se suivant pas dans le même ordre que les adjectifs auxquels ils se rapportent. D'autre part, l'estimation au *quanti interest* se retrouve dans le recours au cas d'éviction par l'action *empti* (3). C'est là un argument d'analogie qui milite en faveur de la pureté de notre texte.

En invoquant l'expression *actio dabitur*, Kniep (4) avait déjà soutenu que les copartageants n'avaient pas de plein droit un recours au cas d'éviction. Il leur fallait demander et obtenir du préteur une action spéciale. La nature de celle-ci peut être précisée par la connaissance que nous avons de l'action donnée dans une hypothèse voisine : celle de l'échange. Paul décidait alors : « *in factum dandam actionem* » (5).

A l'aide de ces données fragmentaires on peut conjecturer que le partage conventionnel entraînait pour les parties

(1) Rabel, *Haftung des Verkäufers*, I, p. 119 ; Albertario, *Archivio giur.*, t. XCIII (1925), p. 3 ; Haymann, *Studi Bonfante*, II, p. 447, n. 12 (ces deux derniers auteurs limitent l'interpolation à *scilicet... excedat*).

(2) *Ann... di Palermo*, t. III-IV (1917), p. 420.

(3) Paul (5 *Quaest.*), D. 21, 2, *de evict.*, 70 ; Girard, *Manuel*, p. 593 ; Kaser, *Das Ziel der act. empti nach Eviction*, Z. S. St., t. LIV (1934), p. 162-188.

(4) *Praescriptio und Pactum*, p. 90.

(5) (32 *ad ed.*), D. 19, 4, *de rer. perm.*, 1, 1.

l'obligation de garantir contre l'éviction. Et l'hypothèse pourrait être émise que cette obligation était sanctionnée par une action *in factum* (1). Cette action était peut-être celle qui sanctionnait le contrat innommé (2), de même que dans la vente c'était par l'action du contrat que l'on faisait valoir la garantie d'éviction au *quanti interest*.

Nous sommes moins mal renseignés sur la garantie d'éviction lorsque le partage était opéré par le juge. Ulpien rapporte à ce sujet une décision de Celse, qui présente la question avec beaucoup de netteté, bien qu'indirectement. Un copropriétaire ayant vendu sa part, mais n'ayant pas encore opéré le transfert de propriété, se voit opposer une demande en partage et, à la suite de l'action *communi dividundo*, reçoit dans son lot l'intégralité du bien dont il avait vendu sa part. L'acheteur est alors obligé d'acheter l'intégralité du bien. Celse déclare que le copropriétaire vendeur doit garantir son acheteur contre l'éviction pour la fraction primitivement vendue, mais que, pour le reste, il ne doit que la promesse *de dolo malo*. Car il est équitable, ajoute le texte, que l'acheteur se trouve dans la même condition que si l'action *communi dividundo* avait été intentée contre lui (3). Il résulte donc de la décision de Celse que les copartageants ne sont tenus, à la suite d'un partage judiciaire, que de leur dol, non de la garantie d'éviction.

Cette solution explique deux fr. de Paul, recommandant au juge du partage d'obliger les parties à fournir la *cautio*

(1) En ce sens, Partsch, *Z. S. St.*, t. XXXV (1914), p. 339; et, avec des hésitations, De Francisci, *Sunallagma*, t. I, p. 160-162.

(2) Cuq, *Inst. jur.*, p. 502; Girard, *Manuel*, p. 629-630; et, avec des réserves, Bonfante, *Istit.*, p. 483 (l'action *in factum* serait l'opinion sabinienne); Arangio-Ruiz, *Istit.*, p. 293. Cf. également, Meylan, *Origine et nature de l'action praescriptis verbis* (Lausanne, 1919).

(3) Ulpien (32 *ad ed.*), D. 19, 1, *de act. empt. vend.*, 13, 17 : *Idem Celsus libro eodem (8 Dig.) scribit... sed ob eam quidem partem, quam vendidisti, pro evictione cavere debes, ob alteram autem tantum de dolo malo repromittere : aequum est enim eandem esse condicionem emptoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo.*

de evictione (1). Si le jugement de partage n'entraîne pas de plein droit l'obligation pour les copartageants de garantir contre l'éviction, on comprend la nécessité d'un engagement formel pour suppléer à cette lacune.

Ainsi le régime classique de la garantie d'éviction aurait été différent selon que le partage résultait de la convention ou d'un jugement. A cela rien d'extraordinaire. La garantie d'éviction fut comprise dans les obligations résultant du partage conventionnel, de même qu'elle avait fini par l'être dans les obligations du vendeur et qu'on la rencontrait au cas d'échange. Si elle n'existe pas encore dans toutes les conventions, elle tend au cours de l'époque classique à se généraliser sans cesse davantage (2); on peut admettre, qu'à l'époque de Papinien, ce mouvement avait atteint le partage.

Le partage judiciaire au contraire ne créait en principe aucun lien entre les anciens *socii*. Il les rendait étrangers les uns aux autres, liquidant une situation antérieure, sans imposer d'obligations futures aux copartageants. Lorsque, par exception, certains rapports subsistaient entre ces derniers, c'était à l'aide de stipulations réciproques que le juge en assurait le respect (3). C'est au même procédé qu'il dut recourir pour obliger les parties à se garantir réciproquement contre l'éviction. Cette garantie ne pouvait être due de plein droit, les lots n'étant pas le résultat de leur accord, mais de la décision du juge (4).

(1) (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 21 : *Item curare debet, ut de evictione caveatur his quibus adjudicat*; D. 10, 3, *C. D.*, 10, 2 : *In communi dividundo judicio... de evictione quoque cavendum erit.* M. Kamphuisen écrit (*op. cit.*, *R. H. D.*, 1927, p. 635) : « Paul dit expressément que le partage donne lieu à une garantie d'éviction, quand il oblige le *judex* à... *curare... ut de evictione caveatur* ». Il semble au contraire que si le juge doit obliger à fournir la *cautio*, c'est que la garantie n'est pas due de plein droit.

(2) Kamphuisen, *op. cit.*, *R. H. D.*, 1927, p. 648-649.

(3) *Supra*, p. 399-400.

(4) Une const. de Dioclétien et Maximien (C. J., 3, 36, *F. E.*, 14) donne, au cas d'éviction à la suite d'un partage judiciaire, et en l'absence de toute convention spéciale, une action *praescriptis verbis*. Cette dernière fut introduite ici par les Byzantins (De Francisci, *Sunallagma*, t. I, p. 160-161). Peut-

Ainsi, tandis que le partage conventionnel présentait dès l'époque classique un caractère translatif certain, d'où résultait logiquement l'obligation de garantie, le partage judiciaire était régi par deux principes contraires. Certaines de ses règles le présentent comme un mode de transfert de droits. Mais le fait qu'il résulte d'une décision de justice entraîne, en matière de garantie, une solution divergente (1). L'unification en faveur du premier caractère ne se réalisera qu'après l'époque des jurisconsultes classiques.

II. **Effet à l'égard des tiers.** — La liberté reconnue aux copropriétaires dans la gestion des biens communs leur permettait de constituer au profit de tiers des droits portant sur leur part. Jusqu'au partage, celle-ci n'étant pas limitée matériellement, le droit, consenti *pro parte*, grevait non pas telle partie mais l'intégralité du bien de façon partielle. Le partage, transformant le droit partiel sur le tout en un droit total sur une partie, allait-il modifier la situation des tiers, soit en remettant en question la validité de leur droit, soit en en limitant l'exercice à la partie du bien attribuée à leur auteur? Ainsi envisagé, le problème ne se pose pas seulement lorsque le bien est attribué à un autre (copropriétaire ou tiers) qu'à celui qui avait consenti un droit sur sa part. Alors même que celui-ci en obtiendrait une fraction, on peut se demander si le droit du tiers sera limité à celle-ci.

La question attira l'attention des jurisconsultes dès les

être Dioclétien accordait-il une action *in factum* ou une *condictio*. En tout cas, cette solution n'est pas attestée pour l'époque antérieure. Il semble même résulter de la rédaction du texte qu'il apporte une innovation. Lorsqu'il n'y a pas eu de convention spéciale, dit-il, chacun supporte le risque de l'éviction. Il continue en donnant, dans ce cas, un recours au copartageant évincé. La contradiction, introduite par la proposition *id est ut unusquisque eventum rei suscipiat*, résulte, s'il n'y a pas là un glossème, d'un rappel du principe classique, que le rescrit a précisément pour objet de modifier.

(1) Il présente un caractère constitutif certain lorsqu'il est employé pour créer des droits nouveaux (servitude ou usufruit par exemple. Cf. F. V., 47 *a*). Mais c'est là une fonction accessoire, qui ne peut servir à en fixer le caractère fondamental.

débuts de l'âge classique. Labéon nous rapporte la solution qu'il opposa à celle de Trebatius (1). Un usufruit ayant été constitué par un copropriétaire sur la moitié du fonds commun, le partage est demandé par l'héritier du constituant, et le fonds partagé entre ce dernier et le copropriétaire survivant. D'après Trebatius, l'usufruit devait alors être cantonné exclusivement sur la moitié attribuée à l'héritier du constituant, et grever celle-ci pour le tout. Le partage permettant de restreindre les effets de l'acte à l'héritier de son auteur, cette solution semblait logique. Cependant Labéon la condamna, pour déclarer que l'usufruit continuerait à s'exercer pour moitié sur les deux parties du fonds, comme si celui-ci n'avait pas été partagé. Le partage ne pouvant produire effet qu'entre les parties en cause, le droit de l'usufruitier ne devait pas être modifié à la suite d'un procès où il n'avait pas figuré.

Une question analogue se présentait au cas de gage constitué *pro parte*. Avant le partage, le gage s'étend au fonds tout entier, la part du débiteur gagiste n'étant pas matériellement délimitée sur le terrain. Le partage, cantonnant le droit du débiteur sur une fraction du bien, on aurait pu admettre que seule celle-ci serait grevée. Cependant la solution donnée par Gaius, pour cette nouvelle espèce, est conforme à celle qu'avait fait prévaloir Labéon pour l'usufruit. Le gage subsistera pour partie sur chaque part divise (2).

(1) (2 *post. a Javoleno epit.*), D. 33, 2, *de usu et usu fructu*, 31 : *Is qui fundum tecum communem habebat usum fructum fundi uxori legaverat : post mortem ejus tecum heres arbitrum communi dividundo petierat. Blaesus ait Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, ejus partis, quae tibi optigerit, usum fructum mulieri nulla ex parte deberi, sed ejus, quod heredi optigisset, totius usum fructum eam habituram. ego hoc falsum puto : nam cum ante arbitrum communi dividundo conjunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usus fructus mulieris fuisset, non potuisse arbitrum inter alios judicando alterius jus mutare : quod et receptum est.*

(2) (1 *ad form. hyp.?*), D. 20, 6, *quib. mod. pign.*, 7, 4 : *Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae*

Cette solution, parfois attribuée à une glose postérieure (1), traduit cependant la doctrine classique. Elle est à la base de plusieurs décisions, qu'il serait impossible d'interpréter sans elle. C'est ainsi qu'Ulpien, rappelant que le *pignus* continuait à grever chacune des parts après partage, déclare qu'il faut tenir compte de la diminution de valeur qui en résulte pour chacune d'elles, l'adjudicataire étant toujours menacé d'une réalisation du droit du créancier (2). C'est pour parer à cette menace que les copartageants pouvaient convenir, lors du partage, que le débiteur serait tenu de rembourser sa dette, afin de libérer les parts. Un texte de Papinien suppose la conclusion de pareille convention et sa garantie par un gage constitué sur la part du débiteur (3).

La concordance de ces solutions permet de déterminer le caractère du jugement de partage à l'égard des tiers. La doctrine proposée par Trebatius, ne fut pas retenue (4). De bonne heure s'imposa la règle, qui devait subsister pendant tout le cours du droit romain, selon laquelle le partage, simple décision judiciaire, ne pouvait porter atteinte aux droits des tiers. Elle fut interprétée dans son sens le plus strict, car non seulement on déclara que le droit des tiers ne pourrait être atteint par le partage, mais encore que l'assiette même, sur laquelle il s'exerçait, resterait inchangée. Au lieu d'en cantonner l'exercice sur la part attribuée à celui qui l'avait constitué — ce qui eût respecté son existence, — on le laissa grever, comme par le passé, toutes les parts *pro parte*

ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata; C. J., 3, 38, *Comm. utriusq.*, 7 (294).

(1) Ebrard, *Die Digestenfragmente ad Formulam hypothecariam...*, p. 112.

(2) (19 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 6, 8 et 9.

(3) (11 *Resp.*), D. 20, 4, *qui potiores...*, 3, 2 : *Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut, si frater agri portionem pro indiviso pignori datam a creditore suo non liberasset, ex divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraheret.*

(4) M. Masson (*R. H. D.*, 1934, p. 38) suppose qu'elle résulterait de la conception primitive de l'usufruit : Trebatius le tiendrait pour une simple obligation personnelle de l'usufruitier. Sa solution serait alors à rapprocher de celles citées, *infra*, p. 410, n. 3.

— ce qui respectait, en outre, ses modalités de réalisation.

Aucun texte n'indique la solution donnée au même problème lorsque le partage résultait de la convention des parties. Mais si l'on appliquait avec autant de rigueur le principe de l'effet relatif des jugements, il est très vraisemblable que celui de l'effet relatif des contrats ne l'était pas moins. La jurisprudence classique ne s'étant pas arrêtée au caractère constitutif que l'on pouvait relever dans le jugement de partage, on ne voit pas ce qui aurait pu lui dicter une solution différente au cas de partage conventionnel.

Ici encore, comme pour certaines actions en justice permises pour le tout à chacun des *socii* (1), l'intérêt des tiers l'emportait sur celui des indivisaires. Si la solution était favorable aux premiers, en leur garantissant l'efficacité des actes passés avec l'un des indivisaires, elle exposait ceux-ci à supporter sur leur part divise les conséquences d'un acte, passé par l'un d'entre eux sur sa part indivise, et auquel ils n'avaient pu s'opposer. Nous n'avons pas à juger de la valeur de ce système et à l'opposer au système différent du Code civil français (2). Notons seulement que les indivisaires pouvaient se garantir contre le préjudice auquel ils étaient exposés, soit en tenant compte, lors de la composition des lots, de la diminution de valeur résultant du droit qui grevait leur part, soit en se réservant un recours contre l'auteur de l'acte au cas où ils subiraient un préjudice par son fait (garantie d'éviction, *cautiones, pignus* constitué sur sa part). Dans ce cas, comme dans celui que nous venons de rappeler, c'est l'organisation intérieure de l'indivision, l'existence de recours réciproques, qui permit d'assurer la protection des tiers, sans que celle-ci tournât aux dépens des indivisaires (3).

(1) *Supra,* p. 290-295.

(2) Cf. C. civ. italien, art. 679, 680.

(3) Dans certains cas cependant, les tiers subissaient le contre-coup du partage. Deux textes d'Ulpien (32 *ad ed.*, D. 19, 1, *de act. empti vend.*, 13, 17 et 20 *ad ed.*, D. 10, 3, *C. D.*, 7, 13) obligent l'acheteur d'une *pars*, lorsque le partage a lieu avant le transfert de propriété à l'acquéreur, à se

Le jugement de partage, ne conférant la propriété que si les biens partagés étaient déjà propriété des indivisaires, ne donnant pas un droit absolu (puisqu'il laisse subsister les droits réels constitués pendant l'indivision, et qu'il rend par là nécessaire des stipulations de garantie), n'est pas un jugement constitutif de droits, pas plus qu'il n'est, au sens de ce terme en droit français, un jugement à effet déclaratif. Ce n'est que par exception, et pour aménager les lots, qu'il crée des droits nouveaux. Normalement, il transfert à l'adjudicataire le droit sur une part du bien avec toutes les charges qui peuvent le grever. Il est avant tout un mode de transfert des droits (1), se substituant au transfert conventionnel, lorsque le partage amiable n'a pu se réaliser. Par là encore les actions en partage se classent à part dans l'ensemble des institutions procédurales romaines.

III. **L'erreur et la lésion dans le partage.** — Nous n'avons pas ici à faire l'examen d'ensemble des vices qui peuvent entacher les opérations de partage. Il suffit sur ce point de renvoyer à la théorie générale des contrats. Seuls nous retiendront les effets particuliers de l'erreur et de la lésion. L'examen doit en être fait en distinguant le partage conventionnel et le partage judiciaire. Lorsque le partage a été opéré par acte de dernière volonté, le respect dû à celle-ci empêche d'en con-

porter acquéreur du tout, si le vendeur a été alloti du tout. Inversement, si le vendeur ne reçoit aucune part du bien, il ne devra à son acheteur que la somme obtenue dans le partage en compensation. Mais la raison de cette solution est facile à donner. L'acheteur n'a pas encore de droit réel sur la chose, par suite pas de droit opposable aux tiers. Une question analogue se pose pour le partage d'un bien, dont une fraction a été constituée en dot. D'après Tryphoninus (11 *Disp.*, D. 23, 3, *de jure dot.*, 78, 4), si le mari n'a obtenu qu'une soulte dans le partage, la femme ne pourra réclamer que le montant de cette somme. Au contraire, si le mari est adjudicataire du tout, la femme sera obligée de prendre le bien en entier et de rembourser au mari la somme versée au copartageant pour l'excédent de sa part. Dans ces deux cas, le partage a effet à l'égard des tiers.

(1) Avec les réserves qu'impose, en droit classique, l'absence de garantie d'éviction (*supra*, p. 405-406).

tester les modalités, sauf si les règles imposées à ces actes ont été transgressées (nullité du testament, *querela inofficiosi testamenti*, violation de la *lex Falcidia*, etc...).

1. — Le partage, créant au profit des copropriétaires une nouvelle situation juridique, ne pouvait sans de graves inconvénients être remis en question. Aussi le principe devait-il être celui de l'irrévocabilité du partage conventionnel. Un exemple en est fourni par une réponse de Papinien, qui interdit de remettre en question un partage amiable intervenu au cours d'une instance en partage judiciaire. Le texte ne fait qu'une exception. Lorsqu'un mineur est partie à l'acte, il peut, selon le droit commun, demander la *restitutio in integrum* (1). Mais à ce principe, favorable au maintien des situations acquises, s'en opposait un autre, inspiré par l'idée d'égalité, qui domine toute la théorie du partage : l'obligation de composer des parts équitables, correspondant au droit de chacun dans le bien indivis.

Une règle analogue existait dans la société : lorsque la répartition des gains avait été confiée à un *arbitrium boni viri*, les sociétaires étaient autorisés à en critiquer les modalités, si elles réalisaient un partage inégal. Dans ce contrat de bonne foi, dit Proculus, le partage, confié à un arbitre, doit être fait selon la bonne foi (2). Et Paul reconnaissait aux *socii* le droit de faire rectifier le partage par un *judicium bonae fidei* (3).

Bien que l'indivision n'ait pas été rangée par les jurisconsultes classiques au nombre des *negotia bonae fidei*, ceux-ci devaient cependant admettre que la fraude dans les opérations de partage permettait d'en obtenir la révision.

(1) (2 *Resp.*), D. 10, 2, *F. E.*, 57 : *Arbitro quoque accepto fratres communem hereditatem consensu dividentes pietatis officio funguntur, quam revocari non oportet, licet arbiter sententiam jurgio perempto non dixerit, si non intercedat aetatis auxilium.*

(2) (5 *Epist.*), D. 17, 2, *pro socio*, 78.

(3) (4 *Quaest.*), D., *h. t.*, 79; Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 140.

C'est en ce sens que se prononçait Modestin : trois frères avaient partagé conventionnellement la succession maternelle ; mais, profitant de l'absence de deux d'entre eux au moment du décès, le troisième avait détourné de l'hérédité une somme d'or, dont aucune mention n'avait été faite dans l'acte de partage. La fraude ayant été découverte, les deux frères lésés interrogèrent Modestin sur la possibilité d'un recours et l'éventualité de son succès. Celui-ci répondit que, sans doute, leur action se heurterait à l'*exceptio pacti conventi*, mais que celle-ci pourrait être repoussée par une réplique de dol (1).

La nature de cette *actio... de subrepta pecunia* n'est pas spécifiée. Mais la mention des moyens de défense qui y seraient produits prouvent qu'elle tendait au partage de la somme dissimulée. L'auteur de la fraude cherchant à s'y opposer objecterait que le partage avait déjà eu lieu (*exceptio pacti conventi*), mais ses adversaires répliqueraient que ce partage avait été dolosif (réplique de dol) (2). Aussi peut-on appliquer au droit classique l'interprétation que donne de ce texte la scolie des Basiliques, en déclarant que l'on agira par l'action *communi dividundo*, voire même par l'action *familiae erciscundae* (3). La première action tendra simplement au partage de la somme dissimulée. La seconde, au contraire, porte sur l'intégralité de l'hérédité. Son emploi n'est concevable que si l'importance de cette somme a faussé complètement le premier partage, obligeant par là même à en opérer un nouveau.

Deux constitutions de Dioclétien et Maximien, extraites par l'auteur de la *Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti* du Code Grégorien, complètent les renseignements donnés par Modestin (4).

(1) (2 *Resp.*), D. 2, 14, *de pactis*, 35.

(2) La mention de ces moyens de défense prouve que Modestin ne songeait ni à l'*actio furti*, ni au *crimen expilatae hereditatis*.

(3) 11, 1, 35, sc. καλῶς κινῶ (Heimbach, t. I, p. 621).

(4) II, 6, *Ex corpore Gregor. libro III* (C. Grég., III, IV (VI), *de F. E. et C. D.*, 4) : *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aureliae Severae. An divisio, quam jam factam esse proponis, convelli debeat, rector provinciae praesente parte diversa diligenter examinabit; et si fraudibus eam non*

Le magistrat (*rector provinciae*) examinera l'affaire en présence des parties. S'il constate l'existence d'une fraude dans le partage, il pourra le réformer (*in melius reformabit*). Et le texte a soin de préciser que cette mesure est possible même entre majeurs (1).

Le moyen procédural, auquel font allusion ces constitutions, diffère de celui que proposait Modestin. Ce dernier, parlant d'une *actio quae competit*, fait allusion à un moyen civil. Au contraire la réforme du partage, opérée *causa cognita*, devait être obtenue par un moyen prétorien (*rector provinciae praesente parte diversa diligenter examinabit*, *Cons.*, II, 6; *praeses provinciae examinatis partium adlegationibus*, C. J., 6, 20, 8). Le magistrat, d'autre part, ne semble pas annuler complètement le premier partage. Il corrige simplement les inégalités des lots : *in melius reformabit*. Ces textes font-ils déjà allusion à la procédure extraordinaire, où le magistrat décide lui-même de la solution du conflit, ou bien la *cognitio causae*, l'allusion indirecte à l'*in integrum restitutio ob aetatem*, le terme même de *restitutio*, qui se trouve dans l'un de ces textes, doivent ils faire penser que l'on est en présence d'une *in integrum restitutio*, peut-être d'une *I. I. R. ob dolum* (2)? On sait

caruisse perspexerit, quando etiam majoribus in perperam factis divisionibus soleat subveniri, quod improbum atque inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabit. PP. XVII Kal. Jul. ipsis IIII et [*Constantio*] *III conss.* (290).

II, 7, *Item alia eodem libro et corpore* (C. Grég., *h. t.*, 3) : *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aproniae Mammae. Si divisio inter te et sororem tuam non bona fide facta est, etiam citra principalis restitutionis auxilium, quod etiam majoribus tribui solet, ad aequitatis temperamentum reformari potest, etc. PP. VI Kal. Jul. Maximo II et Aquilino consulibus* (286). Cf. également C. J., 6, 20, *de coll.*, 8 (290).

Ces textes ne font que constater un usage antérieur (*soleat subveniri; tribui solet*). Ils n'orientent pas le droit post-classique dans une direction nouvelle.

(1) Il n'y a là aucune contradiction avec la solution donnée par Papinien (*supra*, p. 412). Celui-ci interdit de critiquer un partage, qu'il suppose ne pas être frauduleux. S'il permet néanmoins l'*in integrum restitutio ob aetatem*, c'est que celle-ci est possible même dans les cas où il n'y a pas eu fraude. Ici, au contraire, c'est la fraude qui donne un recours aux majeurs.

(2) En ce sens, Duquesne, *Mélanges P. Fournier*, p. 200-201.

les discussions auxquelles ce problème a donné lieu pour l'hypothèse voisine de lésion dans la vente (1). Un rescrit de Dioclétien mentionne un recours : *auctoritate intercedente* [*judicis*] < *praetoris* > (2), où des auteurs récents (3) estiment trouver la trace de l'*in integrum restitutio*, ouverte à l'époque classique entre majeurs au cas d'erreur ou de fraude. Peut-être une solution analogue était-elle admise pour le partage (4). Mais il faut en tout cas signaler que le résultat n'était pas le même dans les deux hypothèses. L'opération était annulée, au cas de vente; elle n'était que corrigée, au cas de partage. Cela correspondait d'ailleurs aux désirs des parties, qui, dans un cas, voulaient retrouver la situation antérieure à la vente, et dans l'autre désiraient le maintien du partage, mais l'égalité des lots.

L'insertion d'une clause obligeant à respecter le partage, sans faire valoir par la suite de prétention nouvelle, dont les papyri nous ont révélé la fréquence et à laquelle fait allusion un texte de Scaevola (5), s'opposait-elle à l'exercice de ces recours? Les textes ne fournissent pas sur ce point d'éléments de décision. Il semble cependant que l'interprétation de ces clauses ne devait pas être aussi stricte. Leur objet était de garantir le partage contre des réclamations chicanières d'un indivisaire se jugeant mal partagé ou faisant valoir des prétentions qu'il aurait dû exprimer lors du partage. Si l'inégalité des parts provenait du dol d'un copartageant, si les autres n'avaient pu, au moment du partage, demander l'exacte répartition des biens, aucune clause ne pouvait empêcher d'attaquer l'injustice du partage. C'eut été s'exonérer de la responsabilité pour dol, et nous savons que pareille convention était interdite (6).

(1) Cf. Girard, *Manuel*, p. 575, et la bibliog. citée n. 6.

(2) C. J., 4, 44, *de resc. vend.*, 2.

(3) Cf. en dernier lieu, Scheuer, *Die Laesio enormis im römischen und im modernen Recht*, *Zeits. für vgl. Rechtswis.*, t. XLVII (1933), p. 110-113.

(4) En ce sens, Segré, *Comproprietà*, *Corso*, 1930-1931, p. 193.

(5) *Supra*, p. 388.

(6) Cf. Cuq, *Inst. jur.*, p. 604; Girard, *Manuel*, p. 699.

Le motif qui permet de critiquer le partage est essentiellement l'inégalité des lots. Mais cette inégalité ouvre-t-elle toujours un recours ou doit-elle, en outre, résulter du dol d'un copartageant?

Notons, tout d'abord, que les textes ne font aucune allusion à l'exigence d'un minimum pour déclarer le partage lésionnaire. C'est une conséquence du principe de stricte égalité. Quelle qu'en soit l'importance, la lésion rompt cette égalité et nécessite un nouveau partage. A ce point de vue, elle présente un caractère objectif. Mais il faut aussitôt ajouter que les rares textes relatifs à ce recours supposent que la lésion résulte d'un dol (1). C'est donc la fraude, plus que l'inégalité des lots, qui permet ici d'attaquer le partage (2).

2. — L'une des constitutions de Dioclétien, rapportée au Code Grégorien, sera à nouveau insérée dans le Code de Justinien (3). Mais les Compilateurs feront au texte une légère addition, qui en précisera et en limitera la portée. Ils spécifient que la disposition concerne seulement les partages opérés *sine judicio*. C'était affirmer que le partage judiciaire ne pouvait faire l'objet d'un recours des indivisaires. La distance qui sépare l'autorité d'un jugement et celle d'une convention privée suffit à rendre compte de cette différence.

Mais l'interpolation de la constitution eut-elle pour objet d'en exprimer le sens avec plus d'exactitude ou d'opérer une réforme véritable, en interdisant, pour l'avenir, de critiquer un partage judiciaire, ce qui jusqu'alors aurait été possible?

Le témoignage d'autres textes permet de se prononcer pour la première alternative. Une constitution d'Alexandre Sévère déclare le partage valable, alors même que l'arbitre aurait été

(1) D. 2, 14, 35 (*supra*, p. 413); *Consult.*, II, 6 (*fraudibus eam non caruisse*) et 7 (*non bona fide facta*), *supra*, p. 413, n. 4.

(2) En ce sens, Solazzi, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, *B. Ist. D. R.*, t. XXXI (1921), p. 61. L'auteur estime qu'au contraire Justinien autorisera le recours dès qu'il y aura partage inégal.

(3) C. J., 3, 38, *comm. utriusq.*, 3.

nommé par quelqu'un d'incompétent (1). L'allusion faite par le texte à la division du procès en deux phases et à la dation d'un arbitre met la pureté de sa solution à l'abri des critiques. L'empereur, il est vrai, ajoute que le partage sera tenu pour valable « *si socii quondam divisioni consensum dederint* ». Aussi pourrait-on objecter que l'efficacité du partage résulte, non pas de l'autorité d'une décision judiciaire, mais de la ratification des parties.

Mais cette objection ne peut être élevée contre un texte de Paul relatif à l'action en partage intentée par erreur contre quelqu'un qui n'était pas héritier (2). Une fois le partage judiciaire opéré et les obligations des parties exécutées, le jurisconsulte déclare impossible, non seulement l'exercice de la revendication pour obtenir la restitution des biens adjugés à celui qui n'était pas héritier, mais même la réclamation par une *condictio* des sommes qui lui ont été versées « *quoniam ex causa judicati solvit* ». Sans doute, précise Paul, pourrait-on opposer qu'il n'y a pas de *judicium familiae erciscundae* là où l'une des parties n'est pas héritière. Mais il ajoute aussitôt : « *quamvis non sit judicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum* ». On ne saurait affirmer de façon plus formelle le respect dû à la décision de justice, alors même qu'elle se réduit à une simple apparence.

La rigueur de cette solution était atténuée par l'existence de voies de recours de droit commun contre les jugements. Mais l'inégalité d'un partage judiciaire ne donnait pas lieu à un recours particulier, et le risque auquel exposaient les voies de recours ordinaires (peine du double dans la *revocatio in duplum*) devait faire hésiter à les exercer.

Tandis que le partage amiable était soumis à toutes les

(1) C. J., 3, 38, *comm. utriusq.*, 2.

(2) (2 *Quaest.*), D. 10, 2, *F. E.*, 36. La fin du texte (*plane si...* et peut-être déjà *quod si...*) est une adjonction byzantine. Le reste fut également remanié, mais pas dans sa solution de fond (Cf. Berger, *Teilungsklagen*, p. 97).

causes de nullité susceptibles d'entacher les conventions, et pouvait en particulier faire l'objet d'un recours pour fraude, le partage judiciaire tenait de sa qualité de décision de justice une autorité plus grande et une stabilité plus certaine. C'est de ce caractère, en matière de lésion comme en matière d'éviction, que résultent les principales différences entre ses effets et ceux du partage amiable.

CHAPITRE VIII

LES TRANSFORMATIONS DE L'INDIVISION AU BAS-EMPIRE

Nous nous sommes efforcé dans les chapitres précédents de présenter le régime classique de l'indivision en faisant abstraction des éléments post-classiques ou byzantins que révèlent les textes. Il faut, pour terminer cette étude, indiquer les transformations apportées à ce régime par le droit du Bas-Empire (1).

Celles-ci sont de deux ordres. Les unes résultent d'innovations, qui eurent une influence indirecte sur l'indivision. Telles sont les situations nouvelles qui peuvent donner naissance à l'indivision. Leur intérêt, pour nous, est moindre, puisqu'elles ne concernent pas directement l'objet de notre étude. Les secondes, au contraire, sont le résultat de conceptions nouvelles, qui firent de l'indivision une catégorie juridique distincte, sanctionnée par des actions propres. L'indivision ne fut plus seulement pour les juristes byzantins une forme spéciale que peuvent revêtir certains droits. Elle devint une institution juridique particulière, à laquelle on donne le nom de quasi-contrat. Les actions en partage, dont le but

(1) Il est impossible, faute de textes, de fixer la date d'apparition de la plupart d'entre elles. Nous les saisissons au VI^e^ siècle. Mais elles ne furent sans doute pas toutes l'œuvre des Compilateurs (Cf. sur ce problème les observations de M. Collinet, *Le rôle de la doctrine et de la pratique dans le développement du droit romain privé au Bas-Empire*, *R. H. D.*, 1928, p. 551-583; 1929, p. 5-35).

primitif était de mettre un terme au régime indivis et qui, dès l'époque classique, pouvaient accessoirement servir à régler les rapports personnels entre indivisaires au moment du partage, furent désormais possibles, au cours même de l'indivision, pour régler les différents entre les *socii*. D'actions en partage, elles deviennent la sanction du quasi-contrat d'indivision. La reconnaissance théorique de ce dernier, la réforme procédurale transformant l'action en partage en une action sanctionnant les rapports quasi-contractuels, sont deux aspects différents d'une même innovation : la reconnaissance de l'indivision comme catégorie juridique distincte.

Cette transformation allait en entraîner une autre. Le droit classique, considérant le droit de chaque indivisaire comme un droit absolu, strictement individuel, et dont la limitation ne résultait que de l'existence d'autres droits identiques, s'était efforcé, tant bien que mal, d'accommoder cette conception aux besoins de la pratique. Nous avons vu les difficultés qu'il avait éprouvées dans cette conciliation, les éléments divers auxquels tour à tour il donna la préférence. Le régime des droits reconnus aux indivisaires sur la chose commune nous est apparu comme rebelle à toute construction dogmatique, alors que ses résultats, pris individuellement, peuvent tous se prévaloir d'une justification pratique.

Au contraire, lorsque l'indivision fut tenue pour une catégorie juridique distincte, on put mettre certains principes directeurs à la base du régime nouveau. Un essai d'organisation fut tenté, qui ne considéra plus l'indivision comme un simple concours de droits individuels. Son unité économique et juridique se manifesta par la place plus grande reconnue à la volonté de la majorité, par l'importance du concept d'utilité sociale pour décider de la validité d'un acte, par les règles particulières sur la responsabilité des indivisaires. Parallèlement, afin de rendre moins nombreux les conflits résultant de l'administration du patrimoine indivis, on augmentait le domaine de la divisibilité des droits. En reconnaissant plus d'indépendance à chacun, dans la sphère limitée

de son droit exclusif, on diminuait les inconvénients de la *mater rixarum*.

A côté de ces transformations profondes, d'autres, moindres, parfois conséquences indirectes des premières, devaient se réaliser, spécialement en ce qui concerne les caractères des actions en partage et la réalisation même de ce dernier. C'est cet ensemble de modifications, dont certaines sont des nouveautés véritables et d'autres de simples changements théoriques, que nous examinerons ici en étudiant successivement : les nouvelles causes d'indivision, les transformations des actions en partage et la reconnaissance du quasi-contrat d'indivision, l'administration du bien indivis, le caractère de bonne foi des actions en partage et les nouvelles règles de responsabilité, le partage.

SECTION I

Nouvelles causes d'indivision.

Il est inutile de reprendre l'examen des diverses hypothèses où l'indivision peut se rencontrer. On signalera simplement des cas nouveaux, résultant d'innovations du droit du Bas-Empire.

Sur certains points, en effet, les Institutes de Justinien ne font que rappeler des principes admis dès l'époque classique. La confusion, volontaire ou non, crée une *res communis* par la réunion de deux choses semblables ou de choses de nature différente, dont le mélange constitue un corps nouveau (1). La distinction, faite par Pomponius (2), entre le mélange volontaire et le mélange involontaire de choses, dont l'individualité subsiste, mais qui ne peuvent plus être pratiquement distinguées (comme des grains de blé), est reprise par Justinien. Seul le mélange opéré du consentement des propriétaires

(1) I. J., II, 1, *de rer. div.*, 27, qui ne font que paraphraser le texte de Gaius : D. 41, 1, 7, 8 et 9 (*supra*, p. 83, n. 3).

(2) *Supra*, p. 84, n. 1.

crée l'indivision (1). Enfin le Manuel byzantin reproduit textuellement le passage des *res cottidianae* de Gaius relatif à l'indivision de l'île émergeant au milieu d'une rivière (2).

De même, les rapports de voisinage restèrent au Bas-Empire une cause importante d'indivision. Nous n'avons plus pour cette période de dispositions nouvelles relatives à la *paries communis*. Bien au contraire, les constitutions impériales édictent des prescriptions nombreuses pour assurer le respect d'un certain intervalle entre les constructions (3). Mais la nécessité même de ces prescriptions et leur répétition tendraient déjà à indiquer que la place restait aussi rare à Constantinople qu'elle l'avait été à Rome (4) et que sans doute bien souvent les maisons étaient jointes par un mur mitoyen. L'intérêt, témoigné par les scolies des Basiliques pour les prescriptions classiques relatives à la *paries communis*, laisse également supposer que celles-ci gardaient au Bas-Empire toute leur actualité. Enfin la pratique des maisons indivises, réparties le plus souvent par étages entre les divers occupants, nous est attestée pour l'Egypte par les papyri (5) et fut sans doute connue dans d'autres régions de l'Empire.

L'indivision continuait ainsi à résulter de faits matériels ou de nécessités pratiques qui avaient déjà pu la faire naître au cours de l'époque antérieure. Mais l'apparition de nouveaux principes juridiques (6) devaient, à côté des anciens, en faire reconnaître de nouveaux cas.

(1) I. J., *h. t.*, 28.

(2) I. J., II, 1, 22 (Cf. p. 84, n. 3).

(3) En particulier les constitutions d'Honorius et Théodose (C. J., 8, 10, *de aedif. priv.*, 11; 423), et de Zénon (*h. t.*, 12), reprise par Justinien et étendue par lui à toutes les villes de l'Empire (*h. t.*, 13; 531).

(4) Cela est confirmé par Agathias, qui déclare que lors du tremblement de terre de 557 l'étroitesse des rues et la hauteur des édifices firent courir autant de dangers à ceux qui étaient hors des maisons qu'à ceux qui étaient à l'intérieur (*Hist.*, V, 3).

(5) Cf. E. Weiss, *Archiv f. Papyrusforsch.*, t. IV (1908), p. 333-337.

(6) On pourrait y ajouter l'usage nouveau de pratiques anciennes. C'est ainsi que les donations faites en commun à plusieurs personnes et créant une indivision prirent une importance nouvelle avec les libéralités des

Certaines mesures, limitant la liberté de disposer à titre gratuit, pouvaient entraîner une indivision entre le bénéficiaire d'une part, le disposant ou ses héritiers de l'autre.

Cette conséquence indirecte d'une réforme législative fut parfaitement aperçue par Justinien, dans la Constitution de 529 obligeant à l'insinuation des donations dépassant 300 sous d'or (1). La sanction de cette prescription était la nullité de la donation pour l'excédent. Lorsque la libéralité consistait, non en une somme d'argent, mais en un bien meuble ou immeuble, le bénéficiaire se trouvait, après transfert de la propriété (2), en copropriété avec le donateur, resté propriétaire pour partie. Prévoyant que cette indivision serait la

Empereurs à leur entourage. L'usage n'était pas nouveau, mais il se développa dans la cour nombreuse du Bas-Empire, où les *Palatini* cherchaient à bénéficier des revenus de l'Etat, dont l'Empereur était devenu le maître absolu. L'existence de deux constitutions consacrées à cette question et le fait que l'une d'elles est adressée au *Castrens Sacri Palatii,* qui avait sous sa direction un certain nombre de ces *Palatini* (Cf. *Not. Dign.* : *Or.* XVII, *Occ.* XV, ed. Seek, 1876, p. 40 et 158), témoignent du caractère désormais régulier de cette pratique (sur les faveurs faites par Constantin aux *Palatini*, Piganiol, *Constantin*, p. 125).

La première est de Constantin (C. Th., 10, 14, *si petit. soc.,* 1; 315, ?), la seconde de Constant (C. Th., *h. t.,* 2 = C. J., 10, 14, 1; 348). La constitution étant datée de Milan, elle émane de Constant, qui avait l'Occident depuis le partage de 340. Il faut donc rétablir l'inscription *Imp. Constans* ou *Impp. Constantius et Constans* (en ce sens, Krüger, C. J., 10, 14, 1, n. 6; sur les erreurs d'inscriptions rendues fréquentes par la ressemblance du nom des Empereurs, cf. Godefroy, *ad h. l.*). Elles font allusion à l'usage où étaient les *Palatini* de se réunir à plusieurs pour demander les faveurs du prince et obtenir de lui des biens vacants ou ceux de condamnés (Cf. Amm. Marcellin, 31, 14). Si l'un d'eux mourait sans héritiers après le succès de sa demande, mais avant la délivrance des biens et leur partage entre les bénéficiaires, les constitutions attribuent sa part à ses *socii*, au lieu de la restituer au Trésor ou de la donner à un tiers. C'est, comme le remarquait déjà Godefroy (*ad h. l.*), une sorte de droit d'accroissement, qui s'exerce entre les donataires et qui prouve l'existence entre eux d'un droit indivis.

(1) C. J., 8, 53 (54), *de don.*, 34. Le taux fut ultérieurement porté à 500 sous (C. J., *h. t.*, 36, 3; 531).

(2) Nous laissons de côté la question discutée de la réalisation de ce transfert en droit byzantin (Cf. Bonfante, *Corso*, II, 2, p. 167-174); notre texte le suppose opéré.

source de difficultés, l'Empereur indique aussitôt les moyens d'y mettre un terme. Ce pourra tout d'abord être le rachat de la part la plus faible par celui qui a la plus grande partie du bien indivis. Ce rachat n'est pas obligatoire pour ce dernier. Mais, bien que le texte ne le dise pas expressément, il faut comprendre que l'autre partie ne peut s'y opposer, en refusant de vendre sa part. Si le copropriétaire ne fait pas usage de cette faculté, le partage matériel du bien indivis reste, selon le droit commun, possible. Mais celui-ci peut être difficilement réalisable, ou préjudicier à la valeur du bien. Le premier procédé dépend de la volonté d'un des copropriétaires. Aussi la constitution indique-t-elle une troisième alternative pour éviter les inconvénients du partage et parer au refus du copropriétaire d'acheter le surplus : celui qui n'a que la moindre partie du bien pourra également user de cette faculté de rachat, sans que l'autre puisse s'y opposer (1).

Ce régime peut être rapproché de dispositions du même ordre qui, dès l'époque classique, s'efforçaient d'éviter le maintien de l'indivision entre l'acquéreur d'une *pars* et les autres *socii*, ou entre le créancier ayant pour gage une fraction du bien indivis et les copropriétaires. Dans ces divers cas, le rachat de la *pars*, tantôt obligatoire, tantôt simple

(1) C. J., 8, 53 (54), 34, 1 *c*-2 *b* : *Sin autem non in auro res donationis fuerint datae, sed per res mobiles vel immobiles vel se moventes, quantitatem earum aestimari et, si quidem usque ad legitimam solidorum summam erigatur, validam eam et sine monumentis conservari : sin autem amplioris summae inveniatur et minime actis comprobata est, superfluum tantum vacuari.* 2. *Ne autem communione inducta donatori et qui liberalitatem suscepit aliqua oriatur contentio, electionem damus ei, qui ampliorem summam in re donata habuerit, reliquae aestimationis quantitatem offerre ei, qui minorem causam habuit, et totum possidere.* 2 *a. Sin autem hoc minime facere maluerit, tunc omnimodo res dividi secundum quantitatem utrique parti competentem, si res dividi sine suo periculo possibilis est.* 2 *b. Sin autem hujusmodi casibus, in quibus partitio utiliter celebrari minime potest, amplioris summae dominus noluerit aestimationem offerre, tunc licebit etiam ei, qui minoris summae habet potestatem, offerre pretium et totum sibi vindicare.*

faculté, permettait la cessation de l'indivision, sans partage matériel du bien (1).

Une autre restriction à la liberté des donations, relative non plus à la forme de l'acte mais à son contenu, était peut-être également source d'indivision, encore que sur ce point les textes laissent place à quelque hésitation. C'est l'extension aux donations et constitutions de dot des principes de la *querela inofficiosi testamenti*. Dès l'époque classique cette dernière pouvait, en cas de pluralité d'institués, entraîner une indivision entre les héritiers testamentaires et les héritiers *ab intestat*. On s'accorde en général pour trouver les premières traces de l'extension de la *querela* aux donations dans une constitution d'Alexandre Sévère rapportée par Paul (2). Mais il semble bien que, dans le régime primitif, la *querela* ait fait tomber la donation pour le tout. Plus tard, seulement, on en limite l'effet à la réduction au disponible. Ce régime, qui est celui du droit byzantin (3), peut créer une indivision entre le donataire et l'héritier légitimaire frustré. Mais il faut remarquer que cette indivision ne sera que très temporaire et assez rare. Jusqu'à l'exercice de la *querela*, le donataire se trouve en fait seul titulaire des biens. Par la *querela*, le légitimaire obtient la restitution de sa part. Il faudrait donc

(1) *Supra*, p. 243, n. 5.

(2) D. 31, *de leg.*, 87, 3; Accarias, *Droit romain*, t. I, p. 969; Cuq, *Inst. jur.*, p. 531, 715; Girard, *Manuel*, p. 920.

(3) Il s'exprime dans une constitution de Dioclétien et Maximien de 294 (C. J., 3, 29, *de inof. donat.*, 8, *pr.*) : *...quod donatum est pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti deminuetur.* Le texte ne suppose donc qu'une réduction (*deminuetur*), alors que des constitutions antérieures parlait de *revocatio* (F. V. 280 = C. J., *h. t.*, 7; 286); Cuq, *Inst. jur.*, p. 531; Girard, *Manuel*, p. 921. Mais l'imprécision du style de ces constitutions en rend l'interprétation juridique difficile.

On peut, d'autre part, se demander si la constitution de 294 ne fut pas interpolée et si le principe de la réduction ne fut pas introduit après Dioclétien. La constitution de Constance autorisant la *querela inofficiosi dotis* (358), qui nous est connue par le C. Th. (2, 21, *de inof. dot.*, 1 = C. J., 3, 30), se référerait peut-être à ce second régime (*emolumenta debita deferantur*). En ce sens, Girard, *Manuel*, p. 921, n. 1. L'*interpretatio* semble confirmer cette idée : « *et debitam sibi portionem ex lege repetere* ».

supposer que cette restitution ne puisse commodément s'opérer en nature et que certains biens restent communs du consentement même des deux parties, pour qu'une indivision entre elles se trouve réalisée.

La réforme des legs opérée par Justinien vînt également accroître les cas où ceux-ci peuvent donner naissance à une indivision. Nous avons vu qu'en droit classique seuls les legs générateurs de droit réel, legs *per praeceptionem* ou legs *per vindicationem*, créaient une indivision, au cas de pluralité de gratifiés.

La constitution de 529, ayant décidé que les legs produiraient un effet réel dans tous les cas où celui-ci était concevable (1), fit par là même disparaître les distinctions auxquelles Gaius procédait si nettement (2). Les Institutes de Justinien, qui, au paragraphe précédent, copiaient les termes de l'ouvrage classique (3), s'en séparent ici pour décider que désormais le legs, quelle qu'en soit la forme, sera la source d'une indivision lorsqu'il portera sur un droit réel et sera fait à plusieurs personnes, soit *conjunctim*, soit *disjunctim* : « *Si eadem res duobus legata sit sive conjunctim sive disjunctim ...scinditur inter eos legatum* ». Lorsque l'un des colégataires ne recueille pas sa part, celle-ci accroît aux autres, ce qui confirme l'existence entre eux d'une indivision (4). Ces solutions se retrouvent, avec plus de netteté, dans la constitution de 534, abrogeant le système des lois caducaires et fixant les nouvelles règles relatives à l'accroissement. Au cas de legs fait à plusieurs *conjunctim*, chacun y prendra part *pro sua portione*, et si certains ne veulent pas recueillir, l'accroissement sera facultatif pour les autres, mais avec charge. Au contraire, lorsque le legs aura été fait *disjunctim*, chacun recueillera sa part *pro virili portione*, et, au cas de refus de certains, l'accroissement sera obligatoire, mais sans charge (5).

(1) C. J., 6, 43, *com. de leg.*, 1 ; I. J., 2, 20, *de leg.*, 2.
(2) *Supra*, p. 109-110.
(3) I. J., 2, 20, 7 = Gaius, II, 203.
(4) I. J., 2, 20, 8.
(5) C. J., 6, 51, *de cad. tol.*, 1, 11. Le § 11 *b* fait allusion, pour l'écarter,

Les hésitations que l'on pouvait avoir sur le caractère de l'indivision héréditaire entre *bonorum possessores* en droit classique n'existent plus pour l'époque de Justinien. Les deux textes d'Ulpien, dont on a soutenu l'interpolation, prouvent qu'à cette époque, du moins, l'action *familiae erciscundae* est possible entre *bonorum possessores* et que par conséquent l'indivision qui existe entre eux a la généralité d'une indivision héréditaire (1).

Le seul point qu'il serait intéressant de préciser, c'est l'époque à partir de laquelle cette solution est incontestable, alors même que l'on se refuserait à croire au caractère classique des décisions d'Ulpien. En écartant du débat ces deux textes de forme suspecte, on reste en présence d'une constitution de Constantin au préfet de la ville de Rome, Bassus, obligeant à respecter les dispositions de dernières volontés opérant un partage d'ascendant, alors même que les formes du testament n'auraient pas été observées. Ce texte prévoit que le juge de l'action *familiae erciscundae* doit se conformer aux prescriptions du défunt « *inter omnes dumtaxat heredes suos... vel emancipatos, quos praetor ad successionem vocat* » (2). Par là, il implique la possibilité d'une action *familiae erciscundae* entre héritiers prétoriens.

Mais la présence de cette constitution dans le Code de Justinien peut laisser quelque doute sur la pureté de sa solution. C'est ailleurs qu'il faut chercher des précisions, pour la question qui nous occupe. Or, au titre correspondant (*de F. E.*) du C. Th. se trouve une constitution de Constantin à Verinus, préfet de la ville de Rome du 13 septembre 323 au 3 janvier 325, reproduisant une disposition analogue (3). La datation de cette constitution donne lieu à des difficultés qu'il

à la solution classique, qui au cas de legs *per damnationem* fait *disjunctim* obligeait à l'exécution totale du legs au profit de chacun (Gaius, II, 205). L'unification des legs a fait disparaître cette règle.

(1) D. 10, 2, 2, 1 et *h. t.*, 24, 1 (*supra*, p. 127-128).

(2) C. J., 3, 36, *F. E.*, 26, *pr.* (321).

(3) C. Th., 2, 24, 1.

faut résoudre pour en établir le rapport avec le texte du C. J. La constitution aurait été donnée le *IIII Kal. Septemb. Crispo II et Constantino II conss.*, ce qui correspond au 29 août 321. A cette date, la préfecture de la ville de Rome était occupée par Bassus, le destinataire de la constitution du C. J. Une erreur dans la mention du destinataire de la constitution n'est pas impossible à admettre. Mais si l'on remarque qu'en 324 Crispus et Constantin sont à nouveau consuls et tous deux pour la troisième fois, on peut plus facilement expliquer la contradiction des dates par l'omission d'un I dans la mention des consulats : il faudrait rétablir la date... *Crispo III et Constantino III conss.* (1).

La constitution du C. Th. n'est donc pas la même que celle du C. J. Mais toutes deux ont un objet analogue : la constitution de 324, comme celle de 321, veut assurer entre les enfants le respect des volontés du défunt, relatives au partage de ses biens, lorsque celles-ci sont contenues dans un testament de forme irrégulière. Or ce texte, comme celui qui figure au C. J., déclare que ces prescriptions s'imposent *cum filiis ac nepotibus civile jure vel auxilio praetoris ut suis heredibus defuncti successio defertur.* Il s'applique donc aux *bonorum possessores* comme aux héritiers civils. Que, d'autre part, cette constitution concerne l'action *familiae erciscundae* et ait pour objet de préciser au juge les principes selon lesquels il devra faire le partage, c'est ce que suggère le rapprochement avec le texte du C. J. qui, lui, parle expressément d'une action *familiae erciscundae.* C'est ce que prouve, au moins pour l'époque postérieure à la confection du Code

(1) Cette erreur, facile à expliquer et fréquente dans les manuscrits, est attestée pour d'autres constitutions de la même date : C. Th., 2, 17, 1, datée de 321, mais qui doit être de 324 tant d'après le destinataire (*Verinus*) que d'après le lieu d'émission (Thessalonique, que le C. J., 2, 44 (45), 2 corrige à tort en *Romae*). Cf. Godefroy, *ad h. l.*; C. Th., 12, 17, 1 : *Crispo III et Constantino II*, qu'il faut corriger en *Crispo II* (321) ou mieux en *Constantino III* (324) (Krüger, *ad h. l.*).

(438), la place de la constitution au titre *Familiae erciscundae* (1).

Cette interprétation a cependant été contestée par J. Godefroy dans son commentaire sur ce texte. Selon le plus éminent des commentateurs du Code Théodosien, la constitution de Constantin ne se réfèrerait qu'aux héritiers civils, cités à plusieurs reprises dans le texte : *ab heredibus suis; inter suos dumtaxat heredes; cum filiis ac nepotibus civili jure, vel auxilio praetoris, ut suis heredibus.* Et ce serait Tribonien qui, pourvu du *merum imperium in interpolandis anteriorum principum constitutionibus,* aurait introduit la mention des émancipés dans la constitution du C. J., 3, 36, 26, *pr.*

Cette interprétation se heurte toutefois à certaines objections. Godefroy lui-même, expliquant la mesure de Constantin, déclare que ce respect de la volonté des parents s'impose aux *liberi*, c'est-à-dire aux enfants, quel que soit le titre de leur vocation successorale. Il ajoute que c'est là un office de la *pietas* des enfants envers leurs parents. Si tels ont été les motifs de cette constitution, ils valent aussi bien pour des héritiers prétoriens que pour des héritiers civils.

Or, bien que la constitution n'indique pas expressément les raisons pour lesquelles elle veut assurer le respect des volontés du défunt (2), il semble que celles supposées par Godefroy correspondent à la réalité. En effet, une nouvelle constitution de 327 insiste encore sur l'obligation de respecter la répartition opérée par une mère (3). Si les enfants sont, à cette époque, héritiers civils de leur mère, ils n'en sont pas cependant héritiers siens. Une Novelle théodosienne de 439, se référant aux mêmes dispositions, déclarent que le testament imparfait n'aura aucun effet : *nisi inter solos liberos* (4),

(1) En ce sens, Godefroy, *Comm. ad h. l.*, qui suppose également que le texte concerne l'*officium arbitri dividendae hereditatis.*

(2) Le texte dit simplement : « *...justius in se legum proclivem favorem debent provocare* », et il insiste sur le respect dû à la *voluntas* du défunt.

(3) C. Th , 2, 24, 2.

(4) Nov. Th., 16, 1, 5. La const. au C. J., 6, 23, *de test.*, 21, 3, repro-

sans distinguer les héritiers civils des héritiers prétoriens.

Enfin la Nov. de Justinien 107, relative aux testaments imparfaits et aux partages d'ascendants, rappelant les dispositions des Empereurs précédents et, en particulier, les constitutions de Constantin et de Théodose, déclare que celles-ci s'appliquaient *in suis et emancipatis filiis* (1).

Ainsi, tant les raisons qui purent inspirer la constitution de Constantin que la tradition d'une série de dispositions législatives tendent à faire admettre que la constitution de 324 s'appliquait aux émancipés, héritiers prétoriens, aussi bien qu'aux *sui*, héritiers civils.

Cette interprétation serait fortifiée si ces dispositions favorables au partage d'ascendant et à la validité de dispositions testamentaires irrégulières en leur forme avaient été inspirées aux juristes du Bas-Empire par les pratiques gréco-égyptiennes analogues, dont les papyri nous ont fourni la preuve (2). On ne saurait songer à trouver dans ces actes des différences selon la nature du titre d'héritier.

L'ensemble de ces motifs rend déjà très douteuse l'interprétation restrictive proposée par Godefroy. Celle-ci se heurte en outre à une autre objection plus décisive que les précédentes. Elle est contredite par les termes mêmes de la constitution de Constantin. S'il est exact, comme le fait observer Godefroy, que le texte parle des *heredes sui* et déclare en débutant que les dispositions testamentaires irrégulières auront effet *inter suos dumtaxat heredes*, il n'en reste pas moins que le dispositif de la constitution concerne la succession échue aux « *filiis ac nepotibus civili jure vel auxilio praetoris ut suis heredibus* ». Or, l'allusion aux enfants (il ne s'agit plus d'*heredes* au sens

duira cette disposition, en y ajoutant *a parentibus utriusque sexus*, affirmant par là que la volonté des deux parents mérite un égal respect. On ne peut savoir si la constitution primitive ne concernait que le testament du père. Mais en tout cas elle s'applique aux *liberi*, sans distinguer la source de leur vocation successorale.

(1) Nov. 107, *pr.*

(2) *Supra*, p. 390.

technique, mais de *filii vel nepotes*), appelés *auxilio praetoris*, ne peut désigner que les *bonorum possessores unde liberi*, recueillant la succession à instar des *sui* (*ut suis heredibus*). Sans doute, ces termes ne correspondent-ils pas au préambule du texte, qui semble ne concerner que ces derniers. La même faute de rédaction se retrouve dans la constitution du Code de Justinien : « *Inter omnes dumtaxat heredes suos... vel emancipatos* ». En présence de cette contradiction, c'est incontestablement au dispositif posant la règle juridique que l'on doit se référer, et non à l'exposé qui précède. Tandis que celui-ci présente une formule générale, que l'on peut dire inexacte, le second précise avec détails le cercle des personnes tenues de respecter la volonté du *de cujus* : enfants et petits-enfants, héritiers civils ou héritiers prétoriens.

Ainsi, même si l'on se refusait à reconnaître l'existence de l'action *familiae erciscundae* entre *bonorum possessores* à l'époque classique, l'analyse qui précède nous semble en établir l'existence au moins pour le début du IV^e^ siècle. A cette époque, au plus tard, le caractère universel de la succession des *bonorum possessores* était reconnu par assimilation de leur situation à celle des héritiers civils (1).

C'est, au contraire, aux réformes de Justinien qu'il faut attribuer la mention des *ceteri honorarii successores* parmi les personnes pouvant user de l'action *familiae erciscundae*. Comme nous l'avons vu, cette mention est faite dans un texte certainement interpolé (2). Cités après les *bonorum possessores* et le fidéicommissaire, ces *honorarii successores* font allusion aux *bonorum emptores*, acquéreurs du patrimoine d'un insolvable (3). Il est inutile de reprendre ici la démonstration de l'interpolation de cette formule, connue par de

(1) En ce sens, Duquesne, *Cours de doctorat*, Strasbourg, 1932-1933. Les constitutions de Dioclétien trahissent déjà cette tendance. Elles appellent *heredes* les *bonorum possessores unde liberi* et *hereditas* leur droit successoral (Taubenschlag, *Das römische Recht zur Zeit Diokletian's*, *Bull. intern. de l'Ac. polonaise des Sc. et Lett.*, 1922-1924, p. 214-215).

(2) D. 10, 2, 24, 1 (*supra*, p. 127, n. 2, et 132, n. 2).

(3) Gaius, III, 78-81; I. J., 3, 12.

nombreux exemples (1). Elle explique ici la faute de rédaction du texte. Les Compilateurs, pour le généraliser, ont substitué à la mention du fiduciaire la formule : *et ceteros honorarios successores*. C'était déclarer que, désormais, toute succession universelle, fondée sur le droit civil ou sur le droit prétorien, pourrait faire naître une indivision. Bientôt d'ailleurs, la fusion des deux régimes successoraux devait marquer le terme de cette évolution, en même temps qu'elle rendait inutiles les formules extensives des textes du Digeste.

Il reste enfin une dernière situation à envisager. Un rescrit d'Antonin donne à l'adrogé exhérédé ou émancipé sans juste cause, pendant qu'il était impubère, le droit d'exiger un quart des biens propres de l'adrogeant. Cette *quarte Antonine*, simple fraction du patrimoine, confère un droit indivis à l'adrogé, et un texte, attribué à Ulpien, signale le recours à l'action *familiae erciscundae* pour faire cesser cette indivision (2). Ce passage d'Ulpien a donné lieu à de nombreuses controverses (3). La critique la plus radicale en a été faite par M. Arangio-Ruiz, selon lequel Ulpien ne pouvait admettre ici l'action en partage (4), ce qui revient à dire que la situation ne donnait pas lieu à une indivision héréditaire. En effet, d'après M. Arangio-Ruiz, l'adrogé n'a qu'une créance pour faire valoir sa quarte (5). Une indivision entre créancier et débiteur serait inconcevable. Sans doute, le caractère de

(1) La démonstration en a été faite par Longo, *L'origine della successione particolare nelle fonti di dir. rom.*, *B. Ist. D. R.*, t. XIV (1901), p. 150-165. Elle a été reprise, pour le texte qui nous occupe, par MM. Berger, *Teilungsklagen*, p. 20, et Biondo Biondi, *Legittimazione processuale...*, p. 14-16 et 31, n. 3.

(2) Ulpien (19 *ad ed*), D. 10, 2, *F. E.*, 2, 1 : *Si quarta ad aliquem ex constitutione divi Pii adrogatum deferatur, quia hic neque heres neque bonorum possessor fit, utile erit familiae erciscundae judicium necessarium.*

(3) Cf. *Index interp.* et *Suppl.*

(4) *Giudizii divisorii*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. LII (1913), p. 225.

(5) Ce caractère de la quarte résulte en particulier des textes suivants : D. 1, 7, *de adopt.*, 22; 5, 2, *de inof. test.*, 8, 15 ; 37, 6, *de coll. bon.*, 1, 21.

créance de la quarte Antonine a-t-il été contesté en soutenant l'interpolation des textes qui l'établissent (1). L'opinion dominante reste néanmoins favorable à la doctrine ancienne (2). On peut donc hésiter, avec le savant romaniste italien, à admettre que les jurisconsultes classiques aient ici reconnu l'existence d'une indivision (3). Sans doute ont-ils souvent étendu le domaine de celle-ci, sans se laisser arrêter par des considérations d'ordre dogmatique, et l'action n'étant donnée ici que sous forme utile, on pourrait se trouver en présence d'une extension de ce genre. Nous ne connaissons cependant aucun autre cas où l'indivision ait été reconnue entre un créancier et son débiteur. Tout au contraire, l'étude de l'indivision résultant des legs montre qu'elle n'existait entre légataire et héritier grevé que lorsque le legs était générateur de droit réel (4). Les mêmes principes ne s'imposaient-ils pas pour la créance de l'adrogé ? Un seul texte, dont la pureté a été plusieurs fois mise en doute, concernant cette question, on ne saurait avec certitude lui donner une réponse (5).

Ainsi l'indivision voyait son champ d'application s'accroître par suite d'innovations législatives du droit post-classique ou byzantin. De même, selon certains auteurs, ce seraient à des réformes byzantines qu'il faudrait attribuer la reconnaissance

(1) Vassalli, *Miscellanea critica, Ann... di Perugia*, 1913, p. 59.

(2) Berger, *Teilungsklagen*, p. 23; Biondo Bondi, *Legittimazione processuale...*, p. 6, n. 2; Cuq, *Inst. jur.*, p. 713, n. 13; Perozzi, *Istit.*, t. I, p. 448. Bonfante, *Istit.*, p. 605, y voit un legs imposé par la loi.

(3) M. Biondo Biondi (*op. cit.*, p. 5, n. 2) croit néanmoins que la quarte Antonine pouvait faire naître une indivision, et il invoque l'analogie du fidéicommis. Mais nous avons vu (*supra*, p. 132-133) que le fidéicommissaire bénéficiant du S. C. Trébellien n'est pas un simple créancier. M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 23) tient cette solution pour une innovation d'Ulpien.

(4) *Supra*, p. 109-110.

(5) Une question analogue pourrait être posée à propos de la quarte de la veuve pauvre, reconnue par deux Nov. de Justinien, 53 (537) et 117 (542). Mais il semble qu'il s'agisse ici d'un véritable droit successoral (la Nov. 53 dit : *uxorem cum filius vocari*) et non d'une simple créance; par suite, l'indivision héréditaire serait possible.

de l'indivision pour certains droits, ou du moins la possibilité d'en opérer le partage par l'action *communi dividundo* (1).

Il nous a semblé, au contraire, que l'extension des actions en partage et de la notion d'indivision à des situations autres que celle du propriétaire avait été l'œuvre des jurisconsultes classiques. L'apport du droit byzantin aurait donc sur ce point été des plus réduit. De même ne semble-t-il pas que l'on doive attribuer à une construction théorique byzantine la formule accordant l'action en partage dans tous les cas où il y a une *justa causa possidendi*. Nous avons dit plus haut les raisons par lesquelles on peut en défendre le caractère classique, bien que certains auteurs y voient une généralisation byzantine (2).

La seule innovation certainement attribuable aux jurisconsultes byzantins, c'est l'expression générale, qui vient concrétiser le résultat d'un développement opéré à l'époque classique. Tandis qu'une formule d'Ulpien, exacte seulement si on l'entendait du *quod plerumque fit*, accordait l'action *communi dividundo* pour le partage des choses corporelles (3), les Institutes de Justinien déclarent qu'elle a lieu *inter quos aliquid commune est* (4). Il n'est pas certain que cette opposition exprime un développement byzantin du domaine des actions en partage (5), mais il faut attendre le texte des Institutes pour trouver l'expression synthétique des progrès opérés à l'époque antérieure (6).

(1) *Supra*, Chap. II. En particulier, selon M. Biondo Biondi (*Legittimazione processuale*), les actions en partage n'auraient été admises qu'à l'époque byzantine, pour la *possessio ad interdicta*, la détention, les servitudes, l'usufruit, l'usage. Cf. Albertario, *Studi di Pavia*, 1913, p. 79-83.

(2) *Supra*, p. 148 sq.

(3) (19 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 4, *pr.* (*supra*, p. 137).

(4) I. J., 4, 6, *de act.*, 20. Un autre ms. (Cod. Bamb., D II 3), confirmé par la paraphrase de Théophile (ἐξ οἱας δήποτε αἰτίας) donne même : *ex qua-cumque causa comm.*

(5) En ce sens, Albertario, *Studi di Pavia*, 1913, p. 79-81 et 103; Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 42-43. M. Arangio-Ruiz, *Istit.*, p. 148, n. 2, croit au contraire à l'interpolation du texte d'Ulpien.

(6) M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 79) fait observer que les Basiliques

SECTION II

Les transformations des actions en partage et la reconnaissance de l'obligation « quasi ex contractu ».

Les jurisconsultes classiques ayant peu à peu reconnu l'indivision des divers droits, et les causes qui peuvent en provoquer l'apparition existant dès le droit classique, l'apport byzantin fut ici des plus réduit. Dans quelques hypothèses nouvelles seulement, des réformes étrangères à l'indivision purent par leurs conséquences en accroître le champ d'application.

Des innovations d'une importance beaucoup plus grande devaient au contraire être apportées à la notion même de l'indivision et à l'organisation de son régime. Celle qu'il faut étudier la première, parce qu'elle domine et explique toutes les autres, porte sur la notion même de l'indivision et s'exprime à la fois dans la qualification théorique qui en fut donnée et dans les transformations apportées aux actions qui la sanctionnent.

Il est malheureusement impossible, faute de documents, de faire ici le départ entre l'apport post-classique ou prébyzantin et l'apport des Compilateurs de Justinien. Il est, pour les mêmes raisons, impossible de fixer l'antériorité historique de l'une des deux transformations ou leur concomitance et de conclure à une influence réciproque ou à un développement parallèle, mais indépendant. Nous ne pourrons que considérer les changements attestés par les recueils de Justinien, en envisageant d'abord la réforme pratique, qui permit l'exercice des actions en partage au cours même de l'indivision, puis la notion byzantine du quasi-contrat d'indivision.

(XII, 2, 7 : Heimbach, t. I, p. 800) ne font plus allusion à l'exclusion de l'action entre précaristes. Peut-être est-ce là le résultat d'un développement postérieur, encore inconnu du Digeste (D. 10, 3, 7, 4).

§ 1er. *L'action en partage « manente communione ».*

Nous avons bien souvent noté l'absence, en droit classique, d'une action générale, propre à l'indivision, permettant de régler les obligations réciproques, nées du régime indivis, sans provoquer en même temps le partage. C'était une lacune grave, parfaitement aperçue par les jurisconsultes classiques, qui y paraient, dans la mesure du possible, par l'octroi aux *socii* des actions du droit commun.

Au contraire, dans le droit de Justinien (1), l'action en partage permet, à titre principal, le règlement de ces rapports. Elle s'est modifiée au point de pouvoir être exercée sans que son objet premier, celui que révèle son nom même, soit envisagé.

Faut-il voir dans cette réforme une conséquence de l'assouplissement de la procédure depuis que l'instance n'est plus dominée par les termes stricts de la formule ? Sans doute est-il plus aisé de comprendre le régime nouveau, lorsque le juge n'est plus soumis à une formule lui donnant pour mission essentielle de procéder au partage. Mais, dès le droit classique, l'action en partage était possible après la disparition de la chose commune, c'est-à-dire uniquement pour opérer les règlements pécuniaires entre *socii*. Si les formes nouvelles de la procédure facilitèrent la transformation des actions en partage, elles n'en étaient pas cependant la condition nécessaire.

Le nouvel état de droit s'exprime dans un passage interpolé du Livre III de Paul *ad Plautium* (2), donnant un *utile judicium communi dividundo* pour obtenir le remboursement

(1) En faveur du caractère byzantin de cette fonction des actions en partage : Pernice, *Z. S. St.*, t. XIX (1898), p. 171-176; Berger, *Teilungsklagen*, p. 231 sq.; Arangio-Ruiz, *Appunti*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. LII (1913), p. 239; Biondo Biondi, *Legittimazione processuale*, p. 55; *Act. noxales*, *Ann. di Palermo*, t. X (1925), p. 113; Riccobono, *Communio*, p. 76-93; Guarneri Citati, *Obbl. indiv.*, *Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 188, n. 7.

(2) D. 10, 3, *C. D.*; 14, 1 (*supra*, p. 320, n. 1).

de dépenses *etiam manente communione* (1). Ce texte est le seul où s'exprime avec autant de netteté la réforme apportée dans la notion même et l'objet de l'action en partage, en même temps qu'il est celui où l'interpolation apparaît avec le plus d'évidence.

Mais il est d'autres textes où l'innovation byzantine se traduit d'une façon moins expresse, mais non moins certaine. Leur examen permettra de mesurer l'importance de la transformation et la variété des fonctions désormais attribuées à l'action en partage.

L'interpolation du texte de Paul permet le remboursement de dépenses faites dans l'intérêt de la chose commune, sans attendre la liquidation du régime indivis. Le nombre des textes certainement interpolés qui établissent la même solution est assez restreint. La plupart peuvent s'entendre de l'exercice de l'action lors du partage (2). Toutefois, dans certains cas, l'action concernant des règlements au cours même de l'indivision paraît être donnée en vertu des conceptions nouvelles.

Ulpien niait la possibilité d'exercer un recours par l'action *familiae erciscundae* lorsqu'un cohéritier, ayant vendu un esclave affranchi par le testament du *de cujus*, avait dû indemniser l'acquéreur évincé. La vente avait été faite avant l'ouverture du testament, à un moment où l'héritier ignorait encore qu'il fut en indivision avec d'autres institués (3). Le principe classique s'opposait dans ce cas à tout recours par l'action en partage.

Mais le texte, dans son état actuel, déclare cependant : « *Aequum erit utilem actionem ei adversus coheredem dari deficiente directo* (4) *judicio familiae erciscundae, ne in damno*

(1) Pour l'interpolation du texte, *supra*, p. 320, n. 2 et 3; p. 366.

(2) Cf. *supra*, p. 321, n. 1; voir en outre, D. 11, 3, 9, *pr.* (*supra*, p. 324, n. 2); D. 39, 2, 32 (*supra*, p. 330, n. 1). D'après M. Riccobono (*Communio*, p. 83-86) ce dernier texte aurait été interpolé pour faire mention du rôle nouveau des actions en partage.

(3) D. 10, 2, 49 (*supra*, p. 359 et n. 4).

(4) Nous adoptons la lecture donnée par Mommsen et confirmée par les

moretur ». Après avoir refusé l'action, il l'octroie sous forme utile ! Cette contradiction interne a conduit M. Berger à tenir ce passage pour interpolé (1), et il est permis de penser que l'interpolation fut introduite non seulement pour donner un recours au vendeur contre ses cohéritiers, mais surtout pour lui donner un recours immédiat : *ne in damno moretur* (2).

De même est-ce peut être une trace des conceptions nouvelles que révèle la mention de l'action *communi dividundo* utile pour indemniser un copropriétaire privé de sa part dans les fruits communs, ou pour rembourser les dépenses engagées pour la chose commune (3). Le caractère utile de l'action ne peut s'expliquer ni parce qu'il y avait erreur sur la personne du copropriétaire, ni parce que l'action n'est exercée que *post interitum rei communis* (4). Ne serait-il pas le signe qu'elle est intentée au cours même de l'indivision, de même que, dans les deux précédentes hypothèses, l'action *manente communione* est exercée sous forme utile?

Enfin, ce peut être le rôle nouveau de l'action *communi dividundo* qu'envisage la longue finale byzantine, ajoutée au texte de Papinien sur le *jus prohibendi* (5). Le copropriétaire, ayant négligé de s'opposer à l'acte qu'il estime préjudiciable, doit en supporter les conséquences après son accomplissement. Il lui est cependant permis de réclamer par l'action

Basiliques (42, 3, 48, sc. ἐὰν ὁ εἷς, qui reproduit le texte du Digeste : Heimbach, t. IV, p. 277-278). Des variantes de la Florentine donnent : *derecto* (F^1) ou *defecto* (F^2). Cette dernière forme attribuerait au texte un sens tout différent : le vendeur aurait un recours par une action utile (non précisée), puisque l'action *F. E.* fait ici défaut. Ces corrections tendaient peut-être à rétablir la logique de la pensée dans le texte d'Ulpien, modifiée par les Compilateurs.

(1) *Supra*, p. 361, n. 1. Cf. également, Partsch, *Neg. gestio*, I, p. 101, n. 3; Arangio-Ruiz, *Riv. it. Sc. giur.*, t. LII (1913), p. 229. Le texte a d'autres traces d'interpolations (*supra*, p. 359, n. 4).

(2) L'expression est byzantine : Berger, *Teilungsklagen*, p. 142.

(3) D. 10, 3, 6, *pr.* (*supra*, p. 362, n. 3).

(4) Au premier cas, c'est l'action directe qui est donnée (*supra*, p. 363), et le texte n'indique pas que l'on se trouve dans le second.

(5) D. 10, 3, 28 (*supra*, p. 337, n. 2).

communi dividundo l'indemnisation du dommage qu'il subit. L'ensemble du texte étant byzantin (1), on peut conjecturer que c'est à l'exercice de l'action au cours même de l'indivision que les Compilateurs faisaient ici allusion (2).

L'innovation traduite par ces textes ne concerne que l'époque à laquelle l'action est possible. Elle est d'importance limitée, et c'est ce qui la rend difficile à saisir, en dehors du texte de Paul (D. 10, 3, 14, 1) qui l'établit nettement. Mais l'exercice de l'action au cours de l'indivision ne devait pas se restreindre aux règlements d'indemnités. Il fut également possible pour contraindre les *socii* à certains faits ou abstentions. Semblable fonction des actions en partage était inconcevable à l'époque classique, l'action n'étant possible qu'au moment du partage. Il eut été sans intérêt d'interdire tel acte ou d'exiger tel autre d'un co-indivisaire avec lequel on voulait rompre tout lien. Aussi n'y a-t-il pas à hésiter sur le caractère byzantin des textes concernant cette hypothèse.

C'est ainsi que désormais la *prohibitio* peut être sanctionnée par l'action *communi dividundo*. Ulpien ne signalait qu'un recours au préteur, entendant par là le recours aux interdits (3). Mais les Compilateurs ajoutèrent à cette sanction celle de l'action *communi dividundo*, devenue l'action générale pour régler toutes les difficultés nées de l'indivision (4).

La même solution est donnée par l'interpolation d'un texte de Paul, consacré lui aussi au *jus prohibendi* (5). L'action

(1) Cf. les auteurs en ce sens, cités *supra*, p. 337, n. 2.

(2) En ce sens, Berger, *Teilungsklagen*, p. 233. Cf. également la finale interpolée de D. 11, 7, *de religios.*, 2, 1.

(3) D. 39, 1, 3, 1-2 (*supra*, p. 331, n. 4 et 332, n. 1).

(4) En ce sens, Berger, *Teilungsklagen*, p. 234-235, et les auteurs cités *supra*, p. 331, n. 4. L'interpolation est introduite, ainsi que cela est fréquent, par *vel.*

(5) D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 26, *i. f.* : *Sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.* Pour l'interpolation : cf. Pernice, Z. S. *St.*, t. XIX (1898), p. 173, n. 3; Berger, *Teilungsklagen*, p. 232;

communi dividundo y est admise non seulement pour assurer le respect de la *prohibitio*, mais même, sous des conditions que nous préciserons plus loin, pour faire démolir l'*opus* accompli de façon irrégulière.

Enfin, l'action peut faire tomber la *prohibitio* illégitime empêchant un *socius* d'agir (1). Ce résultat était, en droit classique, obtenu par l'interdit *uti possidetis* (2). Mais de même qu'à celui-ci est venue s'adjoindre l'action en partage pour assurer le respect de la *prohibitio*, de même s'est-elle introduite comme un nouveau moyen d'écarter une *prohibitio* exercée à tort.

L'action *communi dividundo* se présente ainsi comme la procédure normale pour régler les conflits naissants de la gestion du bien indivis.

Elle devait encore avoir une autre utilité. Divers textes en signalent l'emploi pour obliger l'un des *socii* à l'accomplissement d'un acte. Si, par exemple, à la suite d'un délit de l'esclave commun, l'un des copropriétaires est poursuivi pour le tout (3) et veut faire l'abandon noxal du coupable, il devra obtenir des autres la remise de leur part. Cette remise n'a rien de comparable avec celle qui est faite au copropriétaire qui veut ou doit affranchir l'esclave commun. Celui-ci doit acheter aux autres leur part de propriété sur l'esclave (4). Ici le copropriétaire poursuivi n'a pas à payer la cession qu'il se fait consentir. L'esclave a commis une faute, dont tous ses maîtres supporteront les conséquences. Si, au lieu de l'abandon noxal, le défendeur à l'action avait indemnisé la victime du préjudice subi, il aurait eu un recours contre les copropriétaires. Au cas d'abandon noxal, ceux-ci devront également

Arangio-Ruiz, *Riv. it. Sc. giur.*, t. LII (1913), p. 240; Riccobono, *Communio*, p. 60, 96; Krüger, *Dig.*; Bonfante, *Scr. giur.*, t. III, p. 390 sq., 430; Donatuti, *B. Ist. D. R.*, t. XXXIV (1925), p. 206; Segré, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 124, n. 1.

(1) D. 10, 3, 12 (*supra*, p. 348, n. 2).

(2) *Supra*, p. 348.

(3) *Supra*, p. 289.

(4) *Supra*, p. 274.

supporter leur part du préjudice. C'est la remise du coupable (1) sans aucune compensation que réclame le copropriétaire poursuivi, afin d'en pouvoir faire abandon à la victime (2). Pour obtenir ce résultat il agira contre ses *socii* par l'action *communi dividundo* (3).

(1) Selon M. Biondo Biondi (*Act. noxales, Ann. di Palermo*, t. X (1925), p. 310-317), il ne s'agirait pas simplement d'une remise matérielle, mais d'un transfert de propriété de la part des copropriétaires à celui qui est poursuivi, car l'abandon noxal opérant transfert de propriété nécessiterait que l'auteur de l'abandon fût lui-même propriétaire.

(2) Un texte d'Ulpien (37 *ad ed.*, D. 9, 4, *de noxal. act.*, 8) largement remanié (Cf. *Index interp.* et *Suppl.*) précise cette solution. L'abandon de sa part par le copropriétaire poursuivi ne suffirait pas à le faire échapper à l'indemnisation pécuniaire : *Sed non alias poterit is qui conventus est evadere litis aestimationem, nisi in solidum noxae dederit servum, nec ferendus est, si partem dedere fuerit paratus.* Aussi lorsque ses copropriétaires refusent de faire abandon de leur part, il sera condamné pour le tout : *si propter hoc, quod socii dedere parati non fuerint, in solidum fuerit condemnatus.* La fin du texte, également interpolée, signale cependant une autre solution pour éviter la condamnation *in solidum*. Avant toute poursuite, le copropriétaire peut faire abandon de sa part à la victime. L'action noxale devient ainsi impossible contre lui. Mais alors la victime semble privée de tout recours. Désormais copropriétaire de l'esclave, elle ne peut plus agir par l'action noxale contre les autres copropriétaires, cette action étant impossible entre *socii* (*supra*, p. 325-327). Elle ne peut davantage agir par l'action *C. D.*, puisque celle-ci ne permet pas d'obtenir réparation d'un dommage antérieur à l'indivision (*supra*, p. 359), ici antérieur à l'acquisition d'une part de l'esclave par la victime. Cependant, pour ne pas laisser celle-ci sans recours, le texte autorise l'action *C. D.*, dont il ne peut justifier l'octroi que par les mots : *melius est dicere...*

Ante noxale sane judicium acceptum poterit sua parte cedendo securitatem consequi, ne necesse habeat suscipere judicium : quamquam quis possit dicere evenire, ut, dum pars eive data amittat actionem : dominus enim pro parte factus non potest cum socio noxali experiri. fortassis nec communi dividundo agere possit ejus maleficii nomine, quod ante communionem admissum est : quod si non potest, evidenti injuria adficietur. sed melius est dicere, competere ei communi dividundo judicium.

(3) Paul (5 *ad Plautium*), D. 10, 3, *C. D.*, 15 : *Si socius servi communis nomine conventus et condemnatus sit, [aget communi dividundo et antequam praestet] : nam et si noxali judicio cum uno actum sit, [statim aget cum socio, ut ei pars traderetur, cautionibus interpositis, ut, si non dederit, reddat]*. L'interpolation du texte a été admise par MM. Riccobono, *Communio*, p. 88; Guarneri Citati, *Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 188, n. 7; Biondo Biondi, *Ann. di Palermo*, t. X (1925), p. 315; Krüger, *Dig.*

M. Berger (1), qui croit au caractère classique de cette solution, fait observer que l'action *communi dividundo* opérera ici le partage en attribuant l'esclave pour le tout au copropriétaire poursuivi. Elle remplirait donc son office normal et rien ne permettrait d'attribuer aux Byzantins la solution du texte. Sans doute, l'action fera-t-elle cesser l'indivision en tant qu'elle porte sur l'esclave. Mais il n'est pas établi que celle-ci n'avait pas d'autre objet. La chose est même peu vraisemblable, l'esclave commun n'étant souvent qu'un élément d'un patrimoine indivis dont il facilite la gestion. D'autre part, son activité constitue au profit des copropriétaires une masse de biens indivis. L'action en partage n'étant exercée qu'à l'égard de l'esclave, on ne saurait dire qu'elle met un terme à l'indivision (2). Si elle opère un partage partiel, c'est de façon toute indirecte et même toute particulière, car il est difficile de voir une opération de partage dans l'abandon de sa part sans aucune compensation. En réalité, l'action tend à la prestation d'un fait.

Trois autres textes sont relatifs à l'érection du monument funéraire du *de cujus*. Mais tandis que Pomponius déclare que l'action en partage sera donnée *uti facias* ou *ut fiat* (3), Julien dit simplement que grâce à elle *pars impendiorum... praestetur* (4). Dans un cas, l'action doit assurer l'exécution

(1) *Teilungsklagen*, p. 227.

(2) D'autre part M. Berger note lui-même que des *cautiones* sont prévues pour que, si l'esclave n'est pas livré à la victime, les copropriétaires puissent reprendre leurs parts.

(3) (8 *ad Q. Mucium*), D. 33, 1, *de ann. leg.*, 7 : *...nam sive te solum damnavero, uti monumentum facias, coheres tuus agere tecum poterit familiae herciscundae, uti facias, quoniam interest illius.*

Ulpien (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 18, 2 : *Idem* (*Pomponius*) *quaerit, si quis testamento caverit, ut servus exportandus veneat, officio familiae erciscundae judicis contineri, ut voluntas defuncti non intercidat. sed et cum monumentum jussit testator fieri, familiae erciscundae agent, ut fiat.*

(4) Paul (6 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 44, 8 : *Si duo coheredes damnati sint statuam ponere et altero cessante alter eam fecerit, non esse iniquum Julianus ait familiae erciscundae judicium dare, ut pars impendiorum boni viri arbitratu praestetur.*

d'un acte, dans l'autre le remboursement de dépenses. On peut rapprocher de cette seconde hypothèse un rescrit de Septime Sévère et Caracalla ou une décision de Celse, relatifs à l'exercice d'une créance d'argent par l'action *familiae erciscundae* (1). Cette fonction de l'action existait dès l'époque classique. On ne saurait élever de doute sur la pureté des textes en signalant l'emploi (2).

L'usage de cette même action pour obliger le cohéritier à édifier le monument funéraire paraît au contraire difficilement conciliable avec les principes classiques. L'action est ici utilisée au cours même de l'indivision, pour obtenir l'exécution d'obligations imposées par le défunt à ses héritiers. Au lieu d'une action en partage, servant accessoirement à des règlements pécuniaires, c'est une action dont l'unique objet est de mettre un terme au conflit né au cours de l'indivision. Son rapport même avec cette dernière est des plus indirects, puisque l'obligation d'édifier le monument, si elle est une obligation héréditaire, ne résulte cependant pas de l'indivision. Ce n'est donc que dans une mesure très contestable que l'action *familiae erciscundae* peut se présenter ici comme sanctionnant des rapports d'indivision.

Ce sont là de premiers soupçons, obligeant à serrer de plus près la critique de ces textes. Celui de Pomponius (D. 33, 1, 7) fit l'objet de nombreux remaniements byzantins (3). Le passage, qui seul nous occupe ici, présente l'alternative entre

(1) (19 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 18, 3 et 4. Au premier cas, il s'agit du remboursement des dépenses faites de bonne foi, au second du moyen d'obliger un cohéritier au remboursement de sa part dans la dette (M. Berger, *Teilungsklagen*, p. 152, suppose que ce résultat sera obtenu par des *cautiones*). Cf. également, Paul (6 *ad Sab.*), D. 10, 2, *F. E.*, 44, 7 : *...ut coheres solvat effici posse Cassius ait.*

(2) L'emploi du terme *dare* prouve peut-être que Julien introduit ici une innovation et concède simplement une action utile. Cela expliquerait la justification par l'équité, qui nous semble insuffisante à prouver l'interpolation du texte soutenue par M. Riccobono (*Communio*, p. 92-93). Cf. Pernice, *Z. S. St.*, t. XIX (1898), p. 173, n. 4; Berger, *Teilungsklagen*, p. 154-155 ; Frezza, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 53.

(3) Cf. *Index interp.*, *ad h. l.*

les deux hypothèses dans une forme inusitée : *sive... quin etiam* (Cf. également : *illius* à la place de *sui*). Sans doute, le texte actuel correspond-il à certains éléments classiques. Ulpien, rapportant l'opinion de Pomponius, se référait peut-être à ce passage. Mais il n'en reste pas moins qu'il a fait l'objet de retouches byzantines, et M. Riccobono, ajoutant qu'aucun intérêt juridique, sanctionné par une action, ne pouvait exister ici au profit du cohéritier, a conjecturé que dans sa forme première le texte refusait l'action en partage : *coheres tuus* < *non* > *agere tecum potest* (1).

L'autre texte (D. 10, 2, 18, 2) laisse place à des doutes encore plus grands. Sa finale, par la mention de l'action *praescriptis verbis*, révèle l'intervention byzantine (2). La phrase relative à l'obligation d'élever un monument commence maladroitement par *sed*, alors que sa solution est la même que celle donnée dans la phrase précédente. La construction en est mauvaise, qui donne successivement trois sujets différents aux trois verbes, sans les indiquer expressément : *jussit testator... agent, ut fiat* (3). Enfin l'emploi de l'action en partage pour obtenir l'exécution d'un travail est ici absolument hors de propos. Dans le § 1, qui rapporte également l'opinion de Pomponius, l'action est refusée parce qu'il ne s'agit pas de question concernant le partage. Les §§ 3, 4 traitent de son emploi en matière de règlements pécuniaires. Il est donc vraisemblable que dans sa forme classique le § 2 se rattachait soit au § 1 — et alors Pomponius aurait refusé l'action, de même qu'il devait la refuser dans le texte que nous venons d'étudier (D. 33, 1, 7) ; soit aux §§ 3, 4 — et alors l'action y était donnée, non pour obliger à un fait, mais pour obtenir le remboursement de dépenses faites *communi nomine*, cas prévu par le texte de Paul (D. 10, 2, 44, 8).

Les trois textes relatifs à l'obligation d'ériger un monument ne se réfèrent donc pas à la même hypothèse et tradui-

(1) *Communio*, p. 91, n. 1.
(2) De Francisci, *Synallagma*, t. I, p. 163.
(3) En ce sens, Riccobono, *Communio*, p. 90 ; Krüger, *Dig.*

sent des solutions d'époques différentes. Ils ne représentent ni un groupe de solutions classiques, où l'action servirait seulement aux règlements pécuniaires, ni un ensemble d'innovations byzantines, donnant à l'action en partage le rôle plus large de sanction des obligations mises à la charge des héritiers (1). Seul le texte de Paul, rapportant l'opinion de Julien, se réfère à la doctrine classique, tandis que les deux fragments attribués à Pomponius traduisent les réformes de l'époque postérieure.

La fonction nouvelle des actions en partage, qui en faisait le moyen normal de régler toutes les difficultés nées du régime indivis, allait se manifester dans la définition théorique qu'en donnèrent les juristes byzantins.

On a pu soutenir que des textes classiques, relatifs au double objet des actions en partage, avaient été interpolés afin de mettre plus nettement ce caractère en évidence (2). La distinction, tout empirique, imposée par l'analyse de la formule, fit place au Bas-Empire à la préoccupation doctrinale de ranger ces actions dans une catégorie juridique distincte.

Nous avons signalé plus haut l'interpolation du texte d'Ulpien (D. 10, 2, 22, 4) : « *Familiae erciscundae judicium ex duobus constat* [*id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones*] » (3). Les scolies des Basiliques montrent comment on parvint à cette formule, qui en droit classique eut été un non-sens. La scolie sur ce texte déclare que les *praestationes* sont des « réclamations » contre les personnes (τὰ κατὰ τῶν προσώπων ἐγκλήματα) et que l'action est réelle et personnelle parce qu'elle tend au partage et à des règlements personnels (4).

(1) La première opinion avait été défendue par M. Berger (*Teilungsklagen*, p. 156), la seconde par M. Riccobono (*Communio*, p. 89-93.)

(2) Arangio-Ruiz, *Riv. it. Sc. giur.*, t. LII (1913), p. 231-236 ; Biondo Biondi, *B. Ist. D. R.*, t. XXV (1912), p. 269; Frezza, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 37-48, 55-56.

(3) *Supra*, p. 309, n. 2.

(4) 42, 3, 22, sc. ἀπό δύο : Heimbach, t. IV, p. 263 (Cf. Berger, *Teilungsklagen*, p. 103).

Une autre scolie est encore plus précise : l'action, d'après elle, a deux objets : les choses (πραγμάτων) et les dépenses (δαπανημάτων). Sous ce dernier terme, elle désigne les *praestationes*, que l'*Index* (1) définit des « réclamations » (αἰτιάσεις) contre les personnes. Mais elle ajoute, dans une formule plus nette, correspondant exactement au terme d'*actiones personales*, que ces règlements sont considérés comme une action personnelle (προσωπικῶν ἀγωγῶν) (2).

L'emploi du terme technique d'ἀγωγή pour désigner les *praestationes* traduit la transformation doctrinale. Les *praestationes* ne sont plus simplement un élément accessoire à l'action en partage. Pouvant désormais faire l'objet exclusif, *manente communione*, d'un recours entre indivisaires, on voit dans ce recours une action, et une action personnelle puisqu'elle sanctionne des rapports d'obligations. La construction est parfaitement logique ; c'est la conclusion nécessaire des principes nouveaux autorisant l'action au cours de l'indivision. On comprend dès lors comment le texte interpolé d'Ulpien peut parler de « *praestationes, quae sunt personnales actiones* ».

Ces prémisses admises, on devait reconnaître à l'action en partage un double caractère : action réelle pour répartir les *bona*, elle était également action personnelle *de praestationibus*. Ainsi se légitime la formule célèbre des Institutes de Justinien : « *Quaedam actiones mixtam causam optinere videntur tam in rem quam in personam* » (3), le texte donnant comme exemple l'action *familiae erciscundae*, l'action *communi dividundo*, l'action *finium regundorum*.

Un doute cependant est possible quant au sens du terme *mixta*. Justinien l'applique non seulement aux actions sanc-

(1) Le terme ὁ Ἴνδιξ désigne, chez les scoliastes des Basiliques, le commentaire de Stéphane sur le Digeste (Heimbach, t. VI, p. 49) ; sur cet *Index*, Krüger, *Geschichte der Quellen*, p. 408-409.

(2) Sc. sur 12, 2, 1 (Heimbach, t. I, p. 792-793) : τὸ διαιροῦν τῇ φαμιλίᾳ τὸν κληρὸν τὸ δικαστήριον ἀπό δύο συνισταται, τουτέστι πραγμάτων καὶ δαπανημάτων ἤγουν προσωπικῶν ἀγωγῶν · ταὐτας ἐκεῖ οὖν Ἴνδιξ φησί πραεστατξίονας, τούτεστι τάς κατά τῶν προσώπων αἰτιάσεις.

(3) I. J., 4, 6, *de act.*, 20.

tionnant l'indivision, mais encore à celle en bornage. Pour cette dernière on ne saurait songer à un développement analogue de la théorie des *praestationes*. D'autre part, le texte des Institutes, après avoir posé la définition et donné des exemples, ajoute que, dans ces trois actions, le juge peut faire des attributions de propriété et compenser par des règlements en argent les inégalités des lots. Aussi certains auteurs ont cru trouver, dans ce double objet, la justification du qualificatif *mixta* (1).

Cette interprétation est cependant contredite par la paraphrase de Théophile qui, contemporaine des Institutes (2), peut mieux qu'aucun autre texte donner l'explication de notre formule. D'après ce texte, l'action *familiae erciscundae* est *in rem* parce qu'elle a pour objet des *res*, et *in personam* parce que certains de ses chefs sont personnels (3), l'auteur renvoyant au livre *de judiciis* (4) pour donner la preuve de cette affirmation.

Ce ne sont donc pas simplement les condamnations pécuniaires à des soultes qui donnent à l'action son caractère mixte.

(1) Cf. la mention qui en est faite par Audibert, *N. R. H. D.*, 1904, p. 685, n. 3. L'action en partage est appelée mixte encore pour une autre raison. Les deux parties y jouent le rôle de demandeur (Ulpien (*4 ad ed. praet.*), D. 44, 7, *de obl. et act.*, 37, 1). Et Favre, qui tenait pour le caractère purement personnel des actions en partage, interprétait en ce sens le qualificatif des Institutes (*De error. prag.*, 94, 3; *Conject.*, 20, 10). Mais le texte des Institutes ne faisant aucune allusion à cette particularité, on ne saurait adopter cette interprétation. Ce sont là deux ordres de classifications différents, malheureusement rapprochés par une synonymie d'expression. L'adjectif *mixta* est encore employé dans d'autres sens, sans rapport avec celui qui nous occupe ici : I. J., 4, 6, *de act.*, 17-19 : action mixte, action pénale et réipersécutoire; Ulpien (67 *ad ed.*), D. 43, 1, *de interd.*, 1, 1 : interdit mixte, prohibitoire et exhibitoire).

(2) Il n'est pas certain qu'elle soit de Théophile, l'un des rédacteurs des Institutes.

(3) *Paraph. des Inst.*, IV, 6, 20 : « Ἔχει γὰρ καὶ τῆς in rem τὸ ἰδιώμα, καθο περὶ πραγμάτων κινεῖται..., ἔχει δέ καὶ personalias ἀποτελέσματα · ἐξετάζεται γὰρ ἐπί αὐτοῦ καὶ κατάγεται εἰς καταδίκην κεφάλαια, ἅντινα personalias οὐ μὴν τῆς in rem ἐστιν οἰκεῖα...

(4) Le Livre X du *Dig.*, où sont traitées les actions en partage, figure parmi les sept livres *de judiciis* (Const. *Tanta*, § 3).

C'est, d'une façon beaucoup plus générale, l'ensemble des règlements pécuniaires rendus nécessaires par la gestion du bien indivis.

Quant au texte des Institutes, il est facile d'expliquer le rapprochement inexact auquel il pourrait prêter. La première phrase définissant l'action mixte est une innovation byzantine. Aucun texte classique ne fait allusion à semblable conception. Mais la suite du texte, comme le prouve sa parfaite correction de forme et de fond, fut empruntée à un ouvrage classique (1), qui ne faisait pas allusion à l'importance prise postérieurement par la théorie des *praestationes*. On ne saurait interpréter la phrase byzantine par le texte classique qui y fait suite, lorsque son sens est précisé par la paraphrase de Théophile.

La notion de l'action mixte, qui a fait l'objet de si nombreuses hypothèses (2), plus préoccupées de fixer la nature théorique des actions en partage que de rechercher l'origine historique de ce concept (3), apparaît ainsi comme la traduction sur le plan doctrinal de l'extension pratique prise en droit byzantin par le règlement des *praestationes, manente communione*. Autrefois simple objet accessoire de la demande en partage, celui-ci permet désormais l'exercice de l'action à titre principal. Il n'y a plus prédominance d'un des éléments, le premier apparu dans l'ordre historique, mais égalité. D'où l'idée de concevoir l'action en partage comme personnelle et réelle en même temps, de lui appliquer l'épithète d'action *mixte* (4).

(1) En ce sens, Ferrini, *B. Ist. D. R.*, t. XIII (1900), p. 193; Zocco-Rosa, *Palingenesia Inst. Just.*, II (1911), p. 311-312, 382-383; Berger, *Teilungsklagen*, p. 3, n. 2, 27 et 100, n. 2.

(2) Cf. l'analyse et la critique qu'en fait Audibert, *N. R. H. D.*, 1904, p. 678-697.

(3) Par ex. Doneau, *Comment. ad Tit. Inst. de act.*, § 17, n° VIII (*Op. omn.*, t. VI, col. 741 sq.) et également § I, n° VIII (*eod.*, col. 544); *De jure civili, Lib. XV, cap. 23* (*op. cit.*, t. IV, col. 191); et parmi les auteurs modernes, Accarias, *Droit romain*, t. II, p. 892-893.

(4) L'élément personnel l'a même parfois emporté au point de faire figu-

§ 2. — *L'indivision, obligation* quasi ex contractu.

La possibilité d'intenter l'action *manente communione* dotait l'indivision d'une action propre, dont l'objet n'était plus simplement, ainsi que le voulait l'organisation première, rudimentaire et un peu paradoxale (1), d'en provoquer la dissolution. Sur le terrain procédural, l'indivision avait désormais une organisation complète. Dans la théorie générale des obligations elle reçoit également une place déterminée.

L'indivision classique ne se présentait pas comme une « catégorie » juridique distincte. Les Institutes de Gaius n'y font pas allusion, car le passage sur le *consortium*, annexé à la théorie de la société, ne peut passer pour un exposé d'ensemble de l'indivision, peu à sa place, parmi les contrats consensuels, entre la société et le mandat. De même, les *Res cottidianae*, dans les fragments connus par le Digeste, ne signalent même pas notre institution parmi les *variae causarum figurae* (2). Au contraire, les Institutes de Justinien la classent parmi les obligations *quae... quasi ex contractu nasci videntur* (3). On a bien souvent relevé la ligne symétrique suivie par Gaius et par le Manuel byzantin en cette matière (4). Tous deux énumèrent, dans un ordre identique, la gestion d'affaires, la tutelle, l'exécution des legs, le paiement de l'indu. Mais entre la tutelle et l'obligation d'exécuter les legs, les

rer les actions en partage parmi les *actiones personales*, C. J., 7, 40, *de ann. except.*, 1, 1 *c* (1). Cette formule, qui contredit celle des Institutes, n'a pas été modifiée, lors de l'insertion de cette constitution (rendue en 530, donc avant la publication des Institutes), dans la seconde édition du Code, postérieurement au Manuel. Cela atteste l'importance limitée attribuée par les Compilateurs eux-mêmes à la catégorie des actions mixtes.

(1) D'un point de vue doctrinal, car historiquement nous avons vu qu'elle s'expliquait aisément.

(2) D. 44, 7, *de obl. et act.*, 5; cf. *supra*, p. 55.

(3) I. J., 3, 27, *de obl. quasi ex contr.*, 3-4.

(4) En particulier, Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, *Ann. di Palermo*, t. III-IV (1917), p. 274-288; Arangio-Ruiz, *Ancora sulle res cottidianae*, *Studi in onere di P. Bonfante*, t. I, p. 505 sq.

Institutes de Justinien ajoutent les obligations qui naissent entre cohéritiers ou entre indivisaires. Comment expliquer cette différence, comment surtout expliquer que les Compilateurs n'aient pas introduit dans le texte de Gaius la mention de l'indivision, alors qu'ils ont remanié le passage consacré à la tutelle, tel est le problème important pour la notion de l'indivision à l'époque byzantine que pose le rapprochement des deux textes.

M. Riccobono, traitant de ce problème, considère que le changement traduit par les Institutes de Justinien est d'importance minime, et que le but des Compilateurs n'était pas d'introduire quelque chose de nouveau, ou du moins d'essentiel, dans la doctrine romaine des obligations (1). L'analyse faite par le savant romaniste du texte des Institutes le conduit à y voir, dans l'ensemble, la reproduction d'une doctrine classique. Seule la conclusion en serait byzantine (2). Au lieu de déclarer que l'obligation naît *quasi ex contractu*, le passage primitif, emprunté à Gaius (?), aurait porté : « *proprio jure communi dividundo judicio teneri videtur perinde ac si societas inter se contracta esset* ».

Les jurisconsultes classiques auraient parfaitement aperçu l'analogie entre l'indivision et la société et ils en auraient fait mention dans leurs écrits (3). Nous avons nous-même relevé, au cours de ce travail, de nombreux exemples de ce rapprochement. Historiquement même, la dissociation des notions de société et d'indivision apparaît comme un progrès de l'analyse juridique. Que la société et l'indivision aient été rapprochées par les jurisconsultes classiques, rien de plus naturel, ni de plus certain.

(1) *Op. cit.*, p. 317.

(2) *Op. cit.*, p. 279 (où est citée l'opinion concordante de Ferrini, *B. Ist. D. R.*, t. XIII (1900), p. 185, et également l'opinion plus hésitante de Pernice, *Z. S. St.*, t. XIX (1898), p. 175).

(3) M. Riccobono fortifie cette démonstration en observant que des rapprochements analogues avaient eu lieu pour les autres situations, où l'on devait, plus tard, voir des quasi-contrats.

Mais la finale du texte des Institutes, sinon le début (1), est l'œuvre des Compilateurs, et M. Riccobono déclare lui-même que, depuis les travaux de Perozzi, on ne saurait douter que la classification des obligations en quatre groupes soit byzantine (2). Elle ne correspond ni à la division bipartite des Institutes de Gaius, ni à la division tripartite des *Res cottidianae*.

Cette innovation n'offrait, sans doute, qu'une portée doctrinale limitée. Les textes qui la signalent s'abstiennent de la définir ou d'en souligner l'importance. La manière dont les Institutes de Justinien la présentent en traduit le caractère empirique.

Les obligations « *quae... quasi ex contractu nasci videntur* » ne sont caractérisées que d'une façon purement descriptive et négative. Ce sont celles qui ne naissent ni d'un contrat, ni d'un délit. Cette formule se retrouve pour plusieurs d'entre elles. Pour l'indivision, en particulier, le texte déclare : « *Non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt : sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur* ».

Rien dans ce passage, ou dans ceux qui l'entourent, ne permet de dégager les caractères distinctifs de la catégorie nouvelle, et lorsqu'on a tenté de le faire on n'a pu trouver dans ces textes aucun appui (3).

La façon même dont les textes byzantins présentent cette réforme prouve que son objet essentiel était la création d'un cadre nouveau, permettant de grouper des situations diverses sous une même dénomination. Le progrès qu'elle marque sur la catégorie des *variae causarum figurae* est assez restreint.

(1) Celui-ci est peut-être également byzantin, car l'action *C. D.* semble envisagée ici comme possible *manente communione* pour opérer des règlements personnels.

(2) *Op. cit.*, p. 300. En ce sens, Mitteis, *Privatrecht*, p. 86; Vizioz, *Quasi-contrat*, p. 72-92; Cuq, *Inst. jur.*, p. 534; Arangio-Ruiz, *Istit.*, p. 268; Siber, *Römisches Recht*, p. 160; Betti, *Le fonti d'obbligazione*, *Archiv giur.*, t. XCIII (1925), p. 287-291; avec des réserves, Jörs, *Römisches Recht*, p. 130-131.

(3) Par ex. Riccobono, *op. cit.*, p. 273.

Sans doute, elle dissocie à l'intérieur de celles-ci les obligations *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto*. Mais, malgré ces qualificatifs qui semblent correspondre à une conception juridique, elle est sans valeur doctrinale (1). Ce n'est qu'un exemple, au milieu de bien d'autres, du goût des Byzantins pour les catégories et les classifications (2).

Les compilations de Justinien ne révèlent d'ailleurs qu'un premier stade de cette classification. Elles la présentent sous son aspect descriptif en parlant d'*obligatio quae quasi ex contractu nasci videtur* (I. J., III, 27, *pr.*) ou de personnes tenues *quasi ex contractu* (*eod.*, § 5). Mais le terme de quasi-contrat se rencontre dès la paraphrase de Théophile, à propos de l'indivision (III, 27, 3). Il se retrouve dans une scolie de l'Anonyme : τῶν κουάσι κοντράκτων ἐστί τὸ κομμοῦνι διβιδοῦνδο (3). La reconnaissance de la catégorie juridique nouvelle est donc contemporaine des compilations de Justinien, encore qu'elle ne s'y exprime pas explicitement.

Désormais l'indivision occupe, parmi les obligations *quasi ex contractu*, une place analogue à celle de la société parmi les contrats. Un travail doctrinal analyse les deux institutions et les compare l'une à l'autre. De là, le groupement au titre *Pro socio* de quatre textes empruntés à différents auteurs et à des sources diverses, marquant entre elles les liens et les divergences (4). De là aussi, l'apparition du concept d'*affectio*

(1) Cf. Arangio-Ruiz, *Istit.*, p. 269. De l'absence de valeur doctrinale de cette classification (dont souffrent encore les droits modernes qui l'ont adoptée), M. Riccobono (*op. cit.*, p. 316) conclut qu'elle est l'œuvre des commissaires de Justinien et non des écoles d'Orient.

(2) Cf. par ex. les nombreuses classifications d'actions, ou la création, à côté des servitudes réelles, de la catégorie des servitudes personnelles (Cf. en dernier lieu, Masson, *R. H. D.*, 1934, p. 13-16 et les auteurs cités *ibid.*; l'auteur souligne, p. 207-208, le caractère théorique de cette catégorie nouvelle, dont la reconnaissance avait été préparée dès l'époque classique)

(3) Basiliques, 12, 1, 2, 1 (Heimbach, t. I, p. 791). Cf. la sc. Μαθῶν, Basiliques, 11, 1, 7, *pr.* (*eod.*, p. 561). Le terme se trouve également dans la *Glose des Inst. de Turin*, gl. 438 et 457.

(4) D. 17, 2, 31-34 (Ulpien, 30 *ad Sab.*; 2 et 31 *ad ed.*; Gaius, 10 *ad ed. prov.*).

communionis, parallèle à celui d'*affectio societatis*, dont une scolie des Basiliques révèle l'existence (1).

On pourrait penser que ces innovations offrent plus d'intérêt pour l'histoire de la technique juridique du Bas-Empire que pour l'indivision elle-même. Mais ce serait étudier incomplètement une institution que de négliger la conception qu'en avait les juristes. L'indivision, conçue comme une obligation *quasi ex contractu*, diffère de l'indivision simple modalité des droits. Cette différence, incontestable sur le plan théorique, ne peut rester sans écho sur le terrain pratique. Sans doute, l'état actuel de nos sources empêche-t-il d'établir l'antériorité chronologique et l'influence de la notion nouvelle d'indivision sur la réforme procédurale autorisant l'action *manente communione*. Mais les innovations que nous allons relever dans la gestion du bien indivis et les rapports entre indivisaires s'expliquent en partie par l'aspect plus organique que présente l'indivision.

SECTION III

Les nouveaux principes de gestion et les rapports entre indivisaires.

On ne saurait grouper autour d'une idée directrice unique les innovations apportées par la législation du Bas-Empire à la gestion du patrimoine indivis. Celle-ci, en effet, ne dépend pas exclusivement de la conception de l'indivision et de l'étendue des droits accordés aux *socii*. L'activité des copropriétaires s'exerce dans des domaines variés, dont les transformations expliquent, par incidence, tel changement de leurs droits. La

(1) Il ne suffit pas, dit-elle, pour former la société, de la *voluntas... rem communem habendi* : « ἡ πρόληψις τοῦ κοινῇ δεσπόζεσθαι παρὰ τινων κειμένη », lorsque celle-ci n'a pas pour objet la constitution d'une société (Basiliques, 12, 1, 31, sc. οὐχ ἁρμόζει : Heimbach, t. I, p. 740). C'est distinguer la simple *affectio communionis* de l'*affectio societatis* tendant à la formation d'une société au sens strict. Sur le caractère byzantin de l'*affectio societatis*, *supra*, p. 71, n. 7.

faveur que l'on marque à la libération des esclaves modifie le système classique du procès de liberté ou de l'affranchissement opéré par un seul. Les idées religieuses nouvelles, et peut-être également des préoccupations de salubrité, expliquent le régime byzantin de la sépulture dans un fonds commun. Les controverses sur les règles d'acquisition par l'intermédiaire des esclaves font attribuer des effets nouveaux aux actes du *servus communis*.

Ces transformations, importantes sans doute par les modifications qu'elles apportent à la gestion des biens indivis, ne peuvent cependant traduire la conception nouvelle de cette gestion. Aussi nous contenterons-nous de les signaler brièvement. Il sera plus intéressant de relever les signes des principes nouveaux selon lesquels cette gestion tend à s'organiser.

Dans le conflit incessant, provoqué par l'absence d'objet matériellement distinct sur lequel le droit de chacun pût s'exercer, les jurisconsultes classiques s'étaient laissés guider par les nécessités pratiques qu'imposaient les diverses situations à régler. Désormais, au contraire, l'indivision, tant au point de vue procédural qu'au point de vue théorique, est une institution propre. On pouvait dès lors songer à en organiser la gestion selon certaines règles. La solution à laquelle s'arrêtèrent les réformateurs byzantins ne donna pas à l'une d'elles une place exclusive. Deux tendances, contradictoires dans leur principe, mais convergentes dans leur résultat, peuvent être distinguées. D'une part, on s'efforça d'accroître l'indépendance des *socii* dans la gestion du patrimoine commun : en multipliant les actes possibles *pro parte*, on diminua d'autant les occasions de conflit. D'autre part, l'indivision fut considérée économiquement et juridiquement comme une « entité distincte ». Son administration ne fut plus le simple concours de droits individuels concurrents. On autorisa parfois ce qui paraissait utile au bien commun, alors même que tous n'étaient pas résolus à le faire. Le groupe des *socii* fut, lui

aussi, tenu comme un organisme distinct, et on accorda aux décisions de la majorité une place plus grande qu'à l'époque antérieure. Ainsi, soit en isolant les indivisaires, soit en les réunissant en un groupe homogène, on permit la gestion du bien indivis en diminuant les causes de conflits. Sous la diversité des moyens, le but recherché apparaît comme unique.

Ce sont ces deux principes que nous examinerons de plus près, après avoir signalé les transformations apportées indirectement à la gestion du patrimoine indivis par les théories étrangères à l'indivision.

§ 1. — *L'influence des principes étrangers à l'indivision.*

Quelques exemples suffiront pour faire apparaître les changements apportés aux solutions classiques.

1. L'affranchissement de l'esclave commun et le « favor libertatis ». — L'un des plus importants est le développement des idées favorables à la libération des esclaves. Le *favor libertatis*, dont nous avons vu l'influence sur certaines solutions dès le droit classique, prend alors une importance toute particulière (1).

Deux constitutions de Justinien, rendues à quelques mois de distance en 530, donnent une preuve de cette tendance en validant l'affranchissement opéré par un seul des copropriétaires (2).

Cette solution avait déjà été consacrée partiellement, soit en faveur des affranchissements fidéicommissaires, soit en faveur de ceux opérés par le testament des militaires (3). Elle est désormais étendue à tous les affranchissements : « *ut nulla inducatur differentia militis seu privati in servis communibus*,

(1) Sur les conséquences du *favor libertatis* principalement dans le procès de liberté, cf. Nicolau, *Causa liberalis*, p. 175-223, et les indications bibliographiques données p. 175, n° 291.

(2) C. J., 7, 7, *de serv. comm. manum.*, 1 et 2; I. J., 2, 7, *de don.*, 4.

(3) *Supra*, p. 274-277.

sed in omnibus communibus famulis, sive inter vivos sive in ultima dispositione libertatem quis legitimam imponere communi servo voluerit » (1).

La mesure ne fait que généraliser le système antérieur, dont les premières traces apparaissent dès le rescrit d'Antonin (2). Car c'est également en obligeant l'auteur de l'affranchissement à rembourser aux copropriétaires leur part dans l'esclave que Justinien concilie le respect de leurs droits avec la faveur faite à la liberté. L'empereur déclare cette vente obligatoire pour les copropriétaires, pourvu toutefois que l'affranchissement soit opéré (§ 1 *b*). Ce caractère obligatoire est souligné par la faculté donnée au *manumissor* de déposer le prix dans un temple si, après une offre officielle (*per publicas personas*) aux copropriétaires, ceux-ci se sont refusés à le recevoir (§ 2). La constitution prévoit d'ailleurs une estimation des diverses catégories d'esclaves selon leur sexe, leur âge et leur profession (§ 5).

Le texte, enfin, organise entre les divers ayants droit la répartition du pécule de l'esclave au cas où il ferait retour à ses maîtres, ainsi que des droits de patronat. Le premier sera partagé entre tous les copropriétaires en proportion de leur part de copropriété. C'est en effet une partie de leur patrimoine, dont on ne saurait pas plus les frustrer contre leur gré que de la valeur représentée par leur part dans l'esclave. Mais les droits de patronat n'appartiendront qu'à celui, ou à ceux, qui auront participé à l'affranchissement (§ 3). Aussi la constitution prévoit-elle un conflit, auquel cette règle pourrait donner lieu. Voyant l'un d'entre eux disposé à affranchir l'esclave, les autres, qui ne peuvent s'opposer à cet acte, décideront d'y concourir afin de participer aux droits de patronat. Sans doute perdront-ils la somme que devrait leur verser le *manumissor*, mais les services qu'ils se réserveront de l'affranchi présentent sans doute plus de valeur

(1) C. J., 7, 7, 1, 1 *b*.
(2) *Supra*, p. 273.

que cette indemnité pécuniaire. C'est pour parer à ce calcul intéressé et pour récompenser celui auquel l'esclave devait sa liberté que Justinien accorde l'intégralité des droits de patronat à celui qui a pris l'initiative de la mesure (§ 6) (1).

Cette dernière disposition montre la différence des conceptions, malgré l'analogie des solutions, entre le régime du *consortium* primitif et celui qu'instaurait la réforme de Justinien. Il est curieux de noter qu'au terme de son évolution le droit romain revenait à la solution qu'il avait admise à l'origine. Dans les deux systèmes, l'affranchissement opéré par un seul est valable. Mais l'analogie, toute de surface, s'arrête là. Sans parler de l'obligation du rachat des parts, sur lequel Gaius est muet dans son allusion au *consortium*, mais dont on ne saurait admettre l'existence, les droits de patronat, autrefois acquis à tous les *consortes*, n'appartiennent désormais qu'à l'auteur de l'affranchissement. Mieux qu'aucun commentaire, cette différence traduit tout l'écart entre le régime collectif des origines et l'individualisme du Droit byzantin. Alors que l'affranchissement opéré par un *consors* était un acte fait au nom de tous et produisant effet au regard de tous, celui qu'autorise Justinien est en réalité un affranchissement opéré par un propriétaire qui, à la suite de l'achat des parts aux copropriétaires, est devenu seul maître de l'esclave. Il n'est pas (ce qui existait en droit classique) un affranchissement partiel, opéré par un copropriétaire pour sa part. C'est un affranchissement total, rendu possible par l'acquisition préalable de la pleine propriété sur l'esclave. On comprend, dès lors, que le système du droit d'accroissement soit ici écarté (§ 7).

La seconde constitution (C. J., 7, 7, 2) présente une hypothèse un peu différente. L'un des copropriétaires lègue à l'esclave commun la part de copropriété qu'il a sur lui. D'après Justinien, cette disposition ambiguë peut être com-

(1) Le texte ne parle pas expressément des droits de patronat. Mais puisqu'il admet par ailleurs le partage du pécule, ce sont eux seuls qui peuvent conférer à l'auteur de l'affranchissement une *meliorem... causam*.

prise dans un double sens. Ou bien le testateur a voulu affranchir l'esclave *pro parte* (1), ou bien il a voulu en priver ses héritiers au profit des autres copropriétaires. Lorsque rien ne permet de déterminer l'intention du disposant, Justinien décide, par faveur pour la liberté, que la première interprétation l'emportera. On se trouve donc en présence d'un affranchissement partiel, qui est déclaré valable. Mais l'esclave ne sera pas maintenu dans cet état de liberté partielle. Appliquant le système instauré pour l'affranchissement opéré par un seul, Justinien oblige l'héritier du testateur à rembourser aux copropriétaires la valeur de leur part et à donner à l'esclave la liberté complète (2).

C'est également sous l'inspiration du *favor libertatis* et par le même système de rachat que les Compilateurs introduisirent une innovation dans le régime du procès de liberté.

(1) Cette conception de l'esclave libre *pro parte* se présente, d'après les recherches de Rotondi (*Scr. giur.*, t. III, p. 65-77), comme une idée orientale, que l'on retrouve en Egypte, dans le droit hébraïque et dans le coutumier syro-romain et qui, au contraire, serait ignorée en Occident. Cependant des réserves à cette théorie ont été inspirées à M. Wenger par un papyrus (*P. S. I.*, V, 452, IV^e^ s.) qui montre l'application en Egypte du principe de la nullité de l'affranchissement *pro parte* (*Archiv f. Papyrusforsch*, t. IX (1930), p. 279). De même, si, dès Antonin, le système du rachat était connu, on peut hésiter à attribuer sa présence dans les constitutions de Justinien à des pratiques orientales analogues.

(2) Une solution analogue fut introduite dans un texte d'Ulpien (16 *ad Sab.*), D. 28, 6, *de vulg. et pup. subst.*, 18, *pr.*, relatif à la substitution de l'esclave commun à un impubère par le testament d'un des copropriétaires. La substitution est faite *cum libertate*. Mais Ulpien, qui rapporte une opinion de Julien, suppose que le testateur ou l'institué auront, par la suite, racheté l'esclave afin que l'affranchissement se produise régulièrement. La fin du texte, interpolée (cf. les auteurs cités à l'*Index interp.*), prévoit le cas où ce rachat n'aura pas eu lieu : *quod si neque a patre neque a pupillo fuerit redemptus, aequitatis ratio suggerit, ut ipse pretium partis suae domino offerens possit et libertatem et hereditatem consequi.* C'est également par le rachat de sa part, auquel le copropriétaire ne saurait se refuser, que l'esclave obtiendra la liberté. Si, par une différence apparente avec la solution donnée par la constitution de 530, le rachat est mis à la charge de l'esclave et non de l'héritier, c'est que le texte suppose que l'institué n'y a pas procédé, et que l'esclave, qui lui est substitué, se trouve lui-même héritier.

Lorsque la *vindicatio in servitutem* était exercée par les divers maîtres devant des juridictions différentes, et que l'on n'avait pu obtenir des décisions concordantes, une solution, qui remontait à Sabinus, attribuait la propriété exclusive de l'esclave à celui ou à ceux qui avaient triomphé dans l'instance (1). Mais une interpolation, ajoutée au texte classique, déclare au contraire que, par faveur pour la liberté, il est préférable de reconnaître comme libre celui dont un juge au moins avait affirmé la liberté. Elle ajoute qu'il devra indemniser le demandeur qui avait triomphé devant un autre juge, en faisant évaluer sa part *boni viri arbitratu* (2). Sauf la différence dans le mode d'estimation de la part du *socius*, laissé à l'arbitrage au lieu d'être fixée par un tarif officiel, c'est le régime de la constitution de Justinien qui est ici étendu au procès de liberté.

2. Les acquisitions par l'intermédiaire de l'esclave commun. — La question délicate de l'acquisition par l'intermédiaire du *servus communis*, qui avait déjà retenu l'attention des jurisconsultes classiques, fit au Bas-Empire l'objet d'examens et de solutions nouvelles. Celles-ci se réfèrent principalement aux difficultés d'interprétation suscitées par la combinaison des divers modes d'acquisition. Mention des divers maîtres dans la stipulation, ou indication globale d'une acquisition *dominis meis*, concours du *jussum* et de la *nominatio*, tels sont les problèmes discutés entre jurisconsultes et auxquels Justinien veut, en législateur, mettre un terme (3).

(1) Julien (5 *ex Minicio*), D. 40, 12, *de lib. causa*, 30 (*supra*, p. 253).

(2) D. 40, 12, 30, *i. f.* : *Commodius autem est favore libertatis liberum quidem cum esse, compelli autem pretii sui partem viri boni arbitratu victori suo praestare.* L'interpolation de ce passage, en contradiction avec la solution précédente, introduit par la formule byzantine *commodius... est* (Guarneri Citati, *Indice*; cf. également, *compelli... praestare*, Guarneri Citati, *eod.*) et mal rédigé (*autem... autem*), est, depuis Cujas, communément admise. Cf. en dernier lieu, Nicolau, *Causa liberalis*, p. 278.

(3) D'autre part, les Institutes confirment les principes de l'acquisition de l'hérédité par l'intermédiaire de l'esclave commun (I. J., 2, 14, *de her. inst.*, 3).

On sait l'importance qu'il y avait à faire, dans la stipulation, mention individuelle des divers maîtres ou à les désigner globalement (1). Au premier cas, l'acquisition se partageait par part virile; au second, *pro dominica parte*. Lorsque la stipulation était faite à la fois *Lucio Titio et Gaio Seio, dominis meis*, Pomponius décidait qu'il fallait rechercher quelle mention avait une valeur déterminante, pour fixer le mode de répartition. Cette solution ne parut pas assez ferme lorsque l'on voulut la transformer d'opinion doctrinale en règle législative. Les Compilateurs ajoutèrent une nouvelle règle, interprétative sans doute elle aussi, mais laissant moins de liberté à la décision du juge. Supposant que si l'on met en premier les noms des copropriétaires, c'est à eux que l'on attache le plus d'importance, ils décident que, dans ce cas, l'acquisition se répartira par parts viriles (2). Par un désir de précision, c'était un retour au formalisme que consacrait ici la solution byzantine.

L'équivalence finalement reconnue en droit classique entre l'acquisition sur *jussum* et celle avec *nominatio* (3) devait être la source de nouvelles controverses. La difficulté apparaissait lorsque l'esclave qui avait reçu d'un des copropriétaires *jussum* d'acquérir pour lui faisait, par malice et désir de lui nuire, mention d'un autre copropriétaire lors de la stipulation. Justinien rapporte, avec peut-être quelque emphase, que ce problème avait préoccupé l'*antiqua sapientia* et que, de toutes parts, un grand nombre d'auteurs s'y était longuement attaché. La glose grecque sur les fragments de Gaius récemment découverts en Égypte laisse également supposer

(1) *Supra*, p. 235.

(2) D. 45, 3, 37, *i. f.* : *Sed cum ad nomina prius decursum est, rationabilius esse videtur pro virili parte stipulationem eis adquiri, quod dominorum vocabula pro demonstratione habeantur.* Le caractère byzantin de cette phrase résulte de la contradiction dans laquelle elle se trouve avec la phrase précédente, en donnant une solution plus précise qui rend la première sans intérêt, aussi bien que d'indices formels : *ad nomina... decursum est, rationabilius esse videtur.*

(3) *Supra*, p. 237-238.

que ces questions d'acquisition par l'intermédiaire de l'esclave commun occupaient tout particulièrement les écoles orientales (1).

Trois solutions apparaissaient comme possibles, qui toutes trois devaient avoir leurs défenseurs : l'acquisition pouvait être attribuée pour le tout à l'auteur du *jussum* ou au *nominatus* ou partagée entre eux. La constitution, dont l'objet est de mettre un terme à ces divergences d'écoles, attribue pour le tout l'acquisition à l'auteur du *jussum* (2). Le motif de cette interprétation est tout d'équité et résulte de l'examen des intérêts en présence. L'esclave a agi par malice, en faisant mention d'un autre maître que celui dont émane le *jussum*. Ou bien, l'un des maîtres a obtenu par fraude qu'il fasse cette *nominatio* (*qui eum forsitan corrupit*). La désobéissance de l'esclave, pas plus que l'acte malhonnête d'un copropriétaire, ne doit tourner aux dépens de l'auteur du *jussum*.

La controverse, à laquelle la constitution de Justinien vient mettre un terme, prouve que jusqu'à cette date l'équivalence complète entre le *jussum* et la *nominatio* n'était pas universellement reconnue. Quand les deux modes étaient employés concurremment et au profit de propriétaires différents, une doctrine proposait encore de donner la préférence à la *nominatio*. Cette supériorité, que Justinien condamne, apparaît comme le dernier vestige de l'idée proculienne, selon laquelle un copropriétaire ne pouvait acquérir le bénéfice exclusif de la stipulation que par *nominatio*.

Justinien lui-même avait primitivement admis cette supériorité de la *nominatio*. La solution que nous venons de

(1) Cf. *supra*, p. 238, n. 5. La glose, très mutilée, n'était sans doute pas relative à la controverse même qui nous occupe ici, mais à celle que rapporte le texte de Gaius, III, 167ᵃ. Mais toutes ces questions étaient connexes et l'étude des unes conduisait à celle des autres.

(2) C. J., 4, 27, *per quas pers.*, 2 (3), 1 : *Cumque ex omni latere magna pars auctorum multum effudit tractatum, nobis verior eorum sententia videtur, qui domino qui jussit adferunt stipulationem et ei tantummodo adquiri dixerunt, quam aliorum, qui in alias opiniones deferuntur.*

rapporter est, en effet, contredite par la fin de la constitution. Celle-ci déclare que l'affirmation courante des juristes antérieurs, assimilant le *jussum* à la *nominatio* (1), doit s'entendre du cas où il y a eu *jussum* sans *nominatio*. Mais dès qu'il y a eu mention expresse d'un copropriétaire dans la stipulation, celle-ci profitera au *nominatus* seul, car la *mentio* est de beaucoup supérieure au simple *jussum* (2).

La contradiction entre cette solution et celle donnée précédemment est évidente. Elle traduit une doctrine formaliste, favorable à la supériorité de la *nominatio*, tandis que le § 1^er^, par une analyse plus exacte de la situation, donne la préférence au *jussum*. Comme l'a démontré M. Schulz (3), cette contradiction prouve l'interpolation de la constitution. Celle-ci fut peut-être opérée lors de l'insertion de la constitution dans la deuxième édition du Code, en 534. Il est d'autre part très vraisemblable que la solution primitive de Justinien est celle qu'il nous donne en second lieu : la supériorité de la *nominatio*. Le développement général des idées en cette matière est en faveur d'un progrès continu du *jussum*. D'abord dépourvu de tout effet aux yeux de certains, il fut par la suite équivalent à la *nominatio*, enfin supérieur. On peut donc supposer que la solution donnée par le § 1^er^ est la plus récente et qu'elle émane des commissaires chargés de la seconde édition du Code, le texte primitif de la constitution ayant partagé l'opinion de ceux *qui domino < cujus servus mentionem fecit > adferunt stipulationem* (4), ou n'ayant peut-

(1) C'est là sans doute une allusion à une formule d'école, qui concrétisait le triomphe de la solution sabinienne (Cf. Schulz, *Z. S. St.*, t. L (1930), p. 237).

(2) C. J., 4, 27, 2 (3), 2 : *Quod saepe apud antiquos dicebatur jussionem domini non esse absimilem nominationi, tunc debet obtinere, cum servus jussus ab uno ex dominis stipulationem facere sine nomine stipulatus est... sin autem expresserit alium dominum, soli illi necesse est adquisitionem celebrari : multo etenim amplius oportet valere dominici nominis mentionem quam herilem jussionem.*

(3) *Z. S. St.*, t. L (1930), p. 230-238.

(4) Schulz, *op. cit.*, p. 230; Segré, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 82.

être même rien comporté de ce qui devint par la suite le § 1er.

3. L'ensevelissement sur le fonds commun. — L'ensevelissement dans une sépulture indivise fournira un dernier exemple des modifications apportées aux droits des copropriétaires par la transformation de théories étrangères à l'indivision. Les Institutes de Justinien donnent à ce sujet deux solutions très précises. L'ensevelissement dans un *locus purus* indivis est interdit, si un copropriétaire refuse d'y laisser procéder. Il est au contraire possible dans un *sepulchrum commune*, malgré l'opposition des *socii* (1). Cette différence est des plus naturelles. L'ensevelissement dans un *locus purus* le rendrait *religiosus* et le mettrait hors du commerce. On ne saurait autoriser pareil acte, lorsque tous ne sont pas d'accord pour y procéder. Au contraire, le dépôt d'un mort dans un *sepulchrum* ne porte pas atteinte à la condition juridique de celui-ci et apparaît dès lors comme licite

Quel que soit le sens que l'on attribue ici au terme de *sepulchrum commune* (2), la disposition des Institutes ne peut concerner que l'ensevelissement d'une personne qui n'avait pas elle-même de droit sur le tombeau. Il eût été en effet inutile d'affirmer le droit d'ensevelir dans le *sepulchrum commune* celui auquel il appartenait pour partie, soit à raison de son titre d'héritier, soit parce qu'il faisait partie de la famille, soit parce qu'il avait participé à son érection. Et cette interprétation, commandée par l'analyse même de la situation, est confirmée par les termes des Institutes qui parlent d'*inferre mortuum*, c'est-à-dire un mort quelconque et non pas un *socius* (3).

(1) I. J., 2, 1, *de rer. div.*, 9 : *In communem autem locum purum invito socio inferre non licet. in commune vero sepulcrum etiam invitis ceteris licet inferre.*

(2) M. Albertario (*Filangieri*, 1910, p. 851 sq.) y voit une expression byzantine, englobant les *sepulchra hereditaria, familiaria* et ceux édifiés à frais communs.

(3) De même, les textes du Digeste parlent de *mortuum inferre*, sans

Ainsi interprété, le texte n'est pas l'affirmation banale d'un droit évident. Il autorise l'un des titulaires du tombeau à y déposer le cadavre d'une personne étrangère à leur communauté, alors même que les autres s'y opposeraient.

Le caractère byzantin de cette solution a été affirmé par M. Albertario, et il est inutile ici de reprendre sa démonstration (1). Les textes qui mettent cette solution sous le nom des jurisconsultes classiques ont été interpolés. Mais la raison de cette innovation ne doit pas être cherchée dans une conception nouvelle de l'indivision (2). Elle nous est d'ailleurs indiquée incidemment par deux passages de facture byzantine, ajoutés à des textes classiques. L'un d'eux (D. 11, 7, 41, *i. f.*) déclare que l'assentiment des copropriétaires n'est pas requis : « *maxime cum alius non sit locus in quo sepeliretur* », et l'autre (D., *h. t.*, 43, *i. f.*) que : « *propter publicam utilitatem, ne*

jamais dire qu'il s'agisse d'un *socius* défunt : D. 1, 8, 6, 4; 10, 3, 6, 6; 11, 7, 2, 1; *h. t.*, 43; 17, 2, 39. Le sens de cette expression est particulièrement mis en relief par D. 11, 7, 6, qui distingue : *heredibus... licet sepeliri et mortuum inferre...* [*licet non consentiant alii*]. Il est, en outre, imposé par les textes qui envisagent cette question dans les rapports de l'usufruitier et du nu propriétaire, où bien évidemment il ne peut s'agir de l'ensevelissement de l'un d'eux. Or, les textes montrent que la question est la même dans les deux cas : *Item* (I. J., 2, 1, 9), *eademque sunt in socio* (D. 11, 7, 43). Cf. Bonfante, *Corso*, t. II, 1, p. 25. On ne saurait objecter D. 11, 7, 41, qui exige l'assentiment de tous *cum extranei inferantur*, et ajoute qu'à l'inverse le concours est inutile s'il s'agit d'ensevelir un *socius*. En effet, la mention *cum extranei inferantur...* est une interpolation (Bonfante, *Corso*, II, 1, p. 25-26 et II, 2, p. 38; Krüger, *Dig.*; Segré, *La comproprietà*, *Corso*, 1930-1931, p. 102), qui s'efforce de restreindre (insuffisamment d'ailleurs et par une distinction qu'aucun autre texte ne confirme) la solution classique, désormais abandonnée.

(1) *Appunti sul condominio di sepulchro...*, *Filangieri*, t. XXXV (1910), p. 848-863; dans le même sens, Bonfante, *Corso*, t. II, 2, p. 38-39, et avec quelques hésitations, Scialoja, *Proprietà*, t. I, p. 459-463.

(2) M. Monier (*Nouv. fragm.*, *op. cit.*, p. 24) suppose qu'il y aurait là le souvenir d'une époque où chaque *consors* pouvait disposer du bien pour le tout. Il est certain que les idées familiales primitives ont pu se maintenir plus longtemps dans les questions qui touchent à la religion familiale. Mais le *sepulchrum commune* n'est pas nécessairement un tombeau de famille, et il est par ailleurs très douteux que ce régime soit celui du droit classique, ce qui empêche de rattacher les solutions byzantines au droit primitif.

insepulta cadevera jacerent, strictam rationem insuper habemus... nam summam esse rationem, quae pro religione facit ». C'est donc le souci de ne pas laisser les cadavres sans sépulture qui, peut-être autant pour des raisons morales (*religione*) que par préoccupation d'hygiène (*propter publicam utilitatem*), mit ici en échec les règles communément admises sur les droits des copropriétaires. Sans doute ces deux textes ne concernent expressément que l'ensevelissement dans un *locus communis*. Mais il n'est peut-être pas certain que le premier d'entre eux n'entende pas sous ce terme également le *sepulchrum commune* (1), et le motif valait aussi bien dans les deux cas. On comprendrait d'ailleurs qu'il ne fut expressément formulé qu'à propos du *locus purus*. L'ensevelissement d'un cadavre entraînait alors une conséquence juridique grave, admissible seulement pour des raisons d'un ordre supérieur.

§ 2. — *Progrès de l'indépendance des indivisaires.*

Comme à l'époque classique, les indivisaires peuvent, sous Justinien, librement disposer de la part qu'ils ont dans le bien commun. C'est là une solution certaine, résultant du maintien dans les compilations byzantines des textes classiques qui l'affirmaient ou l'appliquaient. Qu'il s'agisse de la perception des fruits, de l'aliénation ou de l'engagement de sa part, de la constitution d'un usufruit, l'acte est licite et peut être librement accompli s'il ne porte pas atteinte au droit des autres.

Dès lors, en augmentant le nombre des actes possibles *pro parte*, on ouvrait un champ plus vaste à l'activité individuelle de chacun. Dans un droit que les jurisconsultes de l'âge précédent avaient fait profondément individualiste, c'était

(1) L'interpolation maladroite du texte, qui le met en contradiction avec tous les autres, le rend difficile à interpréter. Toutefois, lorsqu'il dit qu'il est certain (*constat*) que l'on peut ensevelir sans le consentement des autres, cela ne peut, d'après les termes mêmes des Institutes de Justinien, s'entendre que du *sepulchrum commune*.

rendre plus aisée l'administration du bien indivis que de restreindre les cas nécessitant le concours de tous.

Cette réforme supposait des dérogations aux solutions classiques en matière d'indivisibilité. C'est cette tendance que révèlent dans des domaines divers les interpolations de textes classiques.

Une première trace de cette préoccupation peut être relevée dans la phrase ajoutée à un texte d'Ulpien relatif au gage échu aux cohéritiers d'un créancier (1). Au décès du créancier, sa créance se divise de plein droit entre tous ses héritiers. Mais le gage qui la garantit, portant sur une *res*, reste indivis entre eux. Le débiteur pouvait se libérer envers un des cohéritiers en lui versant la part de créance qui lui revenait; mais jusqu'au remboursement de tous les créanciers il ne pouvait récupérer son gage. Et dominé par le caractère indivisible que présentait celui-ci, Ulpien décidait que, même après le remboursement d'un cohéritier, les autres pouvaient, à défaut de paiement, vendre l'intégralité du gage. On ajouta à cette solution la réserve : *oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit* (2). Le débiteur sera remboursé de la somme déjà versée à l'un des cohéritiers. Comme le fait observer M. Schulz (3), cette solution apparaît comme un effort pour parer aux inconvénients de l'indivisibilité du gage. Sans doute celle-ci subsiste, empêchant de le réduire en proportion des remboursements partiels opérés par le débiteur. Mais la restitution à ce dernier de la somme versée implique un fractionnement de la créance gagée, et atténue les effets de l'indivisibilité.

Mais il semble que l'inconvénient qu'il y avait à laisser un seul agir *in solidum* fut surtout ressenti pour les actions en justice. Plusieurs constitutions ont trait à cette matière et les interpolations des textes classiques furent ici particulièrement importantes.

(1) D. 13, 7, 11, 4 (*supra*, p. 271, n. 2).
(2) Pour l'interpolation, cf. les auteurs cités *supra*, p. 271, n. 2.
(3) *Einführung in das Studium der Digesten*, p. 98-99.

Une constitution de Constantin, malheureusement très mutilée, reconnaît le droit d'agir contre n'importe lequel des *consortes*. Mais elle a soin aussitôt d'ajouter que ceux qui ne furent pas partie au procès n'en éprouveront aucun préjudice et conserveront leur droit d'agir intact (1).

La législation de Constantin avait introduit une mesure nouvelle dans une *constitutio super consortibus*, à laquelle Julien fait allusion pour l'abroger (2). D'après les indications de ce dernier, Constantin aurait exigé la présence de tous les *consortes* à l'instance, d'où, au cas d'absence de l'un d'eux, des retards dans la solution des litiges, auxquels Julien veut mettre terme en restaurant le régime antérieur. Peut-être cette législation constantinienne se rattache-t-elle à un essai, éphémère lui aussi, d'une organisation collective de l'indivision (3). Elle marque en tout cas un effort pour parer aux inconvénients de l'exercice d'une action *in solidum* par un seul.

Deux ans après la réforme de Julien, une nouvelle constitution, rendue par les empereurs Valentinien et Valens, confirme le droit d'agir en l'absence de certains *socii* (4). C'est l'intérêt des tiers qu'elle a particulièrement en vue, en obligeant les indivisaires non parties au procès à fournir la *cautio rem ratam dominum habiturum* ou *judicatum solvi* (5).

(1) C. Th., 2, 5, *de dom. rei*, 1.

(2) C. Th., *h. t.*, 2; C. J., 3, 40, *de cons. ejusd. lit.*, 1.

(3) *Infra*, p. 477-478. On peut rapprocher de ces textes la constitution du même empereur, interdisant de séparer lors du partage les membres d'une famille servile (C. Th., 2, 25, *C. D.*, 1; C. J., 3, 38, *com. uter. jud.*, 11), qui, bien qu'inspirée de préoccupations d'un tout autre ordre (qui se retrouvent par ex. dans la Nov. de Valentinien III, *de colon. vag.*, n° 31; 451), aboutit néanmoins à maintenir l'unité du bien commun.

(4) C. Th., 2, 12, *de cogn.*, 2 = *Consultatio*, 3, 12; C. J., 3, 40, *de cons. ejusd. lit.*, 2 (364).

(5) C'est la preuve que l'action exercée par quelques-uns ne l'est pas en vertu de pouvoirs en forme donnés par ceux qui n'interviennent pas au procès. L'interpolation de la const. au C. J. souligne ce caractère en précisant, conformément aux réformes introduites en matière de représentation judiciaire, que les *socii* agissent [*sine mandato*].

Le régime instauré par Constantin reposait sur une organisation collective de l'indivision. C'est dans le principe inverse de la divisibilité de l'acte que l'on devait par la suite chercher l'atténuation des inconvénients qu'entraînait son abandon. Les remaniements apportés à un texte de Marcien relatif à la *vindicatio servitutis* soulignent cette préoccupation (1). L'indivisibilité de la servitude empêchant l'action *pro parte*, celui des copropriétaires qui l'intentait exposait les autres à un préjudice lorsqu'il défendait mal sa cause ou abandonnait le procès en cours d'instance.

Dès les débuts du droit classique, Sabinus leur accordait une action de dol lorsque l'on pouvait relever une fraude dans la conduite du plaideur. Mais cette action ne permettait sans doute qu'un recours personnel contre le copropriétaire. Alors même qu'il eût été possible de reprendre l'instance (réplique de dol opposée à l'*exceptio rei judicatae vel in judicium deductae*?), il n'en restait pas moins que ces recours supposaient une fraude caractérisée du demandeur : un dol. S'il n'était coupable que d'une faute, ou d'une simple négligence, on peut se demander si la servitude n'était pas définitivement perdue. Le texte dans son état actuel ne permet en effet aucune réponse. Il déclare simplement qu'un tel résultat serait injuste, sans indiquer le remède à y apporter. Que cette constatation soit le produit d'un remaniement du texte, c'est ce qui est communément admis (2). Mais il est plus difficile d'en restituer la solution première. Selon certains auteurs, Marcien aurait constaté l'impossibilité d'un recours et le pré-

(1) (5 *Reg.*), D. 8, 5, *si serv. vind.*, 19 : *Si de communi servitute quis bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, [non est aequum hoc ceteris damno esse] : sed si per collusionem cessit lite adversario, ceteris dandam esse actionem de dolo Celsus scripsit, idque ait Sabino placuisse.*

(2) En particulier, Arangio-Ruiz, *B. Ist. D. R.*, t. XXI (1909), p. 242, n. 1; Guarneri Citati, *Obbl. indiv., Ann. di Palermo*, t. XI (1921), p. 63; Kunkel, *Z. S. St.*, t. LXV (1925), p. 324, n. 1; Krüger, *Dig.* M. Beseler (*Z. S. St.*, t. XXXVI (1926), p. 92-93) propose une reconstitution qui dépasse les éléments que peut fournir le texte.

judice qu'en auraient éprouvé les copropriétaires (1). L'hypothèse est plausible bien que rigoureuse; le seul point qui doit être ici noté, c'est l'insistance des Compilateurs à souligner les inconvénients de l'acte *in solidum* accompli par un seul (2).

C'est cette constatation qui devait les conduire à introduire une des réformes les plus nettes du régime classique de l'indivision : le principe de l'action *in solidum* fut maintenu lorsque l'impossibilité d'agir *pro parte* résultait de l'objet même du litige; mais on en atténua les conséquences pratiques en décidant que le défaut d'exécution n'entraînerait qu'une condamnation pécuniaire partielle. Celle-ci est parfaitement divisible, puisque portant sur une somme d'argent. L'action, indivisible lors de la demande en justice, l'est devenue au moment de la condamnation. Elle est indivisible *petitione*, mais divisible *solutione*. Cette distinction permettait de limiter les effets de l'action intentée par, ou contre, l'un des indivisaires à l'intérêt que lui-même avait au procès. Défendeur, il ne serait condamné à payer qu'une fraction de la dette; demandeur, il ne pourrait exiger un paiement total. L'action bien qu'intentée *in solidum* n'aurait qu'un effet limité, incapable de porter préjudice à ceux qui n'y avaient pas figuré.

Le caractère byzantin de cette construction a été mis en relief avec une particulière netteté par M. Guarneri Citati dans son étude sur les obligations indivisibles (3). Elle est

(1) Guarneri Citati, *loc. cit.*

(2) La même idée se retrouve dans l'interpolation du texte de Papinien (8 *Quaest.*), D. 21, 2, *de evict.*, 65. Des cohéritiers avaient vendu un bien donné antérieurement en gage. L'acquéreur évincé peut agir contre l'un quelconque des cohéritiers, même contre celui qui aurait remboursé au créancier sa part de dette. Cette solution apparaît injuste, mais l'indivisibilité du gage ne permet pas d'y échapper. La fin du texte, interpolée (cf. les auteurs cités *supra*, p. 284, n. 3), donne au cohéritier poursuivi, bien qu'il ait pour sa part libéré le gage, une action *F. E.* et conclut : *coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri.*

(3) *Ann. di Palermo*, t. IX (1931). Cf. également les auteurs cités *supra*, p. 278, n. 1.

en effet contredite par de nombreux textes, qui ne font pas allusion à cette « divisibilité indirecte ». Elle est en outre inconciliable avec la procédure classique, où l'action intentée *in solidum* ne peut se modifier par suite du refus d'exécuter et aboutir à une condamnation *pro parte*. Quel que puisse être l'effet novatoire de la *litis contestatio*, et encore qu'il transforme le droit déduit en justice en une créance de somme d'argent, celle-ci doit être équivalente à la valeur du droit lui-même. A une *intentio in solidum* ne peut correspondre une *condemnatio pro parte*. Le système inverse aboutirait à frustrer les demandeurs et à récompenser le défendeur de son refus d'exécuter. Malgré la condamnation *pro parte*, l'intégralité du droit ayant été déduit en justice, les autres copropriétaires ne pourraient plus agir à leur tour *pro parte* (1).

Ces impossibilités résultant de l'unité de la formule et de l'effet extinctif de la *litis contestatio* ayant disparu en droit byzantin, l'action indivisible *petitione* mais divisible *solutione* devenait concevable.

L'étude détaillée des divers textes faite par M. Guarneri Citati dispensera ici d'en reprendre l'examen. Nous en avons d'ailleurs dégagé les solutions classiques dans un chapitre précédent (2). Il suffira d'en retenir quelques exemples.

La solution nouvelle ne fut d'ailleurs pas admise d'une façon absolument générale. Par une distinction que les textes révèlent très nettement, mais dont ils ne donnent aucune justification (3), elle fut appliquée à l'égard des demandeurs multiples, tandis que le plus souvent chaque défendeur restait tenu pour le tout, spécialement au cas d'obligation de *dare* (4).

(1) Guarneri Citati, *op. cit.*, p. 28-34.

(2) *Supra*, p. 277 sq.

(3) Peut-être craint-on que le demandeur recevant l'intégralité de l'intérêt du litige n'y fasse pas participer ses *socii* et à l'inverse veut-on éviter l'obligation d'intenter une action distincte contre chacun des défendeurs.

(4) Guarneri Citati, *op. cit.*, p. 20, 180.

Cette distinction apparaît en matière d'action confessoire de servitude. L'interpolation du texte de Marcien (1) insistait sur le danger couru par les copropriétaires lorsque l'un d'eux défendait mal leur cause. Mais alors même qu'il triompherait, on voulut éviter que la condamnation pécuniaire lui fût intégralement versée lorsque le défendeur refusait de reconnaître la servitude. D'où l'interpolation, déjà signalée (2), du texte d'Ulpien (D. 8, 5, 4, 3), relatif à l'action confessoire intentée par l'un des copropriétaires du fonds dominant. L'action reste possible *in solidum*, mais le texte ajoute :

« *Sed in aestimationem id quod interest veniet, scilicet quod ejus interest, qui experietur. itaque de jure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod ejus interest revocabitur, quamvis per unum adquiri servitus non possit* ».

Le demandeur n'obtiendra qu'une condamnation partielle, égale à son intérêt personnel. Son succès profitera cependant aux autres (*victoria et aliis proderit*), puisque désormais une sentence judiciaire reconnaît le droit à la servitude. Seule l'indemnité pécuniaire est limitée à sa part, les copropriétaires devant agir à leur tour pour obtenir celle qui leur revient.

Le paragraphe suivant (D. 8, 5, 4, 4), qui concerne l'hypothèse inverse d'action confessoire intentée contre l'un des copropriétaires du fonds servant, ne comporte au contraire aucune adjonction byzantine. L'action est également intentée pour le tout, et le défendeur doit « *solidum restituere, quia divisionem haec res non recepit* ». Aucune allusion n'est faite à une division de la condamnation pécuniaire. La comparaison des deux passages marque ainsi très nettement la différence des solutions.

En matière d'obligations indivisibles, c'est le remaniement d'un texte d'Ulpien qui expose avec le plus de clarté les prin-

(1) *Supra*, p. 468.
(2) *Supra*, p. 280, n. 1.

cipes nouveaux, encore qu'il les mette sous le nom d'anciens jurisconsultes comme Tubéron et Celse (1). La solution classique, donnée par Ulpien, est l'indivisibilité absolue des stipulations dont l'objet est indivisible : promesse de constituer une servitude ou d'accomplir un travail déterminé. Car la division de ces actes vicierait complètement (*corrumpit*, dit Ulpien) la stipulation.

Après cette solution parfaitement claire et logique, le texte introduit une réserve, qu'il attribue à Celse, rapportant lui-même l'opinion de Tubéron. Lorsque la promesse d'un fait n'est pas exécutée, elle se résout en une indemnité pécuniaire, qui est, elle, divisible. Dans cette mesure, l'obligation, indivisible dans son principe, peut être tenue pour divisible (2).

Indépendamment des motifs d'ordre généraux exposés plus haut, qui rendent cette solution incompréhensible en droit classique, l'interpolation du texte, attestée par la contradiction entre ses deux parties, a été démontrée de façon péremptoire (3).

(1) D. 45, 1, *de verb. ob.*, 72, *pr.*; *supra*, p. 202, n. 3.

(2) *Celsus tamen libro trigensimo octavo digestorum refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quem Celsus ait posse dici justa aestimatione facti dandam esse petitionem.*

(3) Guarneri Citati, *op. cit.*, *Ann. di Palermo*, t. IX (1924), p. 172-183. Elle résulte en particulier de la mention d'une *intentio certa* (*pecuniam dari oportere*) à propos d'une action incertaine tendant à la prestation d'un fait et pour laquelle il aurait fallu : *quidquid dare facere oportere* (Gaius, IV, 50-51, 136). Au contraire, *l'intentio certa* s'explique dans le système byzantin, où l'on peut réclamer une *certa pecunia* après estimation du préjudice causé par le *non facere* (Basiliques, 23, 1, 9 : Heimbach, t. II, p. 595. La sc. de Stéphane nous révèle l'existence d'une controverse sur la possibilité d'intenter une *condictio certa* pour faire valoir une créance de *facere*. Théophile l'avait nié, car celle-ci lui semblait : κατὰ φύσιν ἐνέκρτα εἶναι. Stéphane au contraire l'admettra, car, dit-il, lorsqu'on réclame un *facere*, on ne peut réclamer le fait lui-même, mais sa valeur. Or, celle-ci après estimation est *certa* : ὅτι καὶ ἐπὶ τῶν ἐν φακιένδο ἐπερωτήσεων δύναταί τις τὴν τοῦ διαφέροντος ποσότητα καθ' ἑαυτὸν διατιμησάμενος κέρτως κινεῖν. C'est la solution de D. 12, 1, *de reb. cred.*, 9, *pr.*, interpolé, et de la finale de notre texte). D'autre part, le texte parle de *dare petitionem* ; or, il s'agit ici d'une action civile ; etc.

Dans ce nouveau domaine, l'interpolation d'un texte de Paul fait apparaître la différence entre la situation des co-créanciers et celle des co-débiteurs, de même que celui d'Ulpien l'avait fait apparaître pour les demandeurs ou les défendeurs multiples à l'action confessoire. Il concerne la promesse de constituer une servitude. Celle-ci est indivisible à raison de son objet, et, en droit classique, l'action intentée par l'un des co-créanciers ou contre l'un des co-débiteurs l'était *in solidum*, sans aucune réserve (1). Cette solution subsiste sans modification à l'époque byzantine en ce qui concerne l'action intentée contre l'un des co-débiteurs (2). Le texte précise même que celui qui, poursuivi, aura dû payer pour défaut de constitution de la servitude, aura un recours contre ses co-débiteurs; cela prouve bien que son paiement était total (3). Au contraire, le paragraphe précédent, tout en reconnaissant une action pour le tout aux créanciers d'une semblable promesse, ajoute, dans une finale dont l'interpolation a été démontrée, que la condamnation n'aura lieu à leur profit que *pro parte* (4).

Le même principe se retrouve à propos de la violation d'une promesse de *non facere* (5). Le texte de Paul devait admettre que la victime de la violation pouvait agir pour le tout et obtenir une condamnation totale (6). La modification qu'y ont apportée les Compilateurs est révélée, entre autres signes (7), par l'instrusion d'un élément étranger à l'hypothèse : l'existence d'une *poena* adjointe à la promesse principale. Et le texte, dans son état actuel, déclare qu'à défaut de *poena* le violateur de la promesse ne sera tenu que pour la part du créancier lésé. En effet, dans cette hypothèse, seul

(1) *Supra*, p. 279-280.
(2) D. 10, 2, *F. E.*, 25, 10.
(3) Selon certains auteurs cette précision serait une adjonction au texte primitif. Cf. *supra*, p. 281, n. 1.
(4) D. 10, 2, *F. E.*, 25, 9, *supra*, p. 281, n. 2.
(5) D. 45, 1, *de verb. obl.*, 2, 6.
(6) *Supra*, p. 283.
(7) Cf. Guarneri Citati, *op. cit.*, p. 201-227.

celui-ci a intérêt à agir. Au contraire, s'il y avait eu promesse de *poena*, celle-ci étant encourue au profit de tous par la violation de la promesse principale à l'égard d'un seul, tous auraient intérêt à l'action, désireux d'obtenir la somme promise comme *poena* (1).

Le procédé qui avait ainsi permis d'échapper aux conséquences de l'action intentée pour le tout par un seul fut

(1) On pourrait multiplier ces exemples. Nous avons signalé, par anticipation, l'application de ce système à l'*actio aquae pluviae arcendae*, qui, bien qu'intentée *in solidum* par l'un des copropriétaires, se résout en une *condemnatio pro parte* (*supra*, p. 287). La solution nouvelle est particulièrement bien exprimée dans un passage interpolé d'Ulpien (53 *ad ed.*), D. 39, 3, *de aqua et aquae pluv.*, 6, 1 : *Si ex plurium fundo decurrens aqua noceat vel si plurium fundo noceatur*, [*placuit eoque jure utimur, ut, sive plurium fundus sit, singuli in partem experiantur et condemnatio in partem fiat sive cum pluribus agatur, singuli in partem conveniantur et in partem fiat condemnatio*] (pour l'interpolation du texte, en particulier : Guarneri Citati, *Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 81, et, avec une reconstitution différente, Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 98). A la différence des autres cas, la divisibilité pécuniaire de la condamnation est ici étendue à l'action exercée contre plusieurs défendeurs. D'après M. Guarneri Citati (*op. cit.*, p. 102) cela s'expliquerait parce que dans le droit de Justinien l'obligation de *facere* serait divisible (en ce sens, Basiliques, 43, 1, 69 : Heimbach, t. IV, p. 304 et *supra*, p. 472, n. 3). De même, la garantie d'éviction n'expose plus qu'à une condamnation *pro parte* ceux qui n'ont pas empêché l'éviction. Les textes concernant cette question : D. 45, 1, *de verb. obl.*, 85, 5 et fr. 139, ont été interpolés. Cela résulte en particulier de la contradiction qu'il y a à affirmer l'obligation *in solidum*, puis aussitôt à la limiter par l'idée de condamnation *pro parte* : *In solidum vero agi oportet* [*et partis solutio adfert liberationem*]. Les textes révèlent en outre une modification dans la conception même de la garantie, à laquelle nous ne pouvons nous attacher ici (Cf. Guarneri Citati, *op. cit.*, p. 109-148, 156-162).

Cf. également l'introduction de la condamnation *pro parte* dans l'action contre l'un des dépositaires qui se sont mis par dol dans l'impossibilité de restituer l'objet déposé : D. 16, 3, *depos. vel contra*, 22, *i. f.*

Le sens de l'interpolation de D. 43, 24, *quod vi*, 15, 2, admise par presque tous les auteurs (Cf. Guarneri Citati, *op. cit.*, p. 70, n. 1), nous paraît au contraire moins certain. M. Guarneri Citati (p. 71) répute interpolé : *vel cum uno vel*; les Byzantins auraient introduit l'action *cum singulis* (*pro parte*). Mais il n'est pas certain que l'action *cum singulis* soit *pro parte*, car la suite du texte dit : *singulos in solidum obligare*. Il faudrait donc supposer que les Compilateurs ont changé la portée de *cum singulis* dans le premier passage et lui ont laissé sa valeur primitive dans le second.

également employé dans d'autres domaines, pour accroître l'indépendance des co-obligés. C'est ainsi que lorsqu'un testateur grevait ses cohéritiers d'un legs consistant en une obligation indivisible, telle que la construction d'un édifice public, théâtre, bain ou stade, le legs n'était considéré comme exécuté qu'après achèvement du travail. La conséquence de ce principe avait été parfaitement dégagée par le rescrit de Marc-Aurèle et Verus, auquel se réfère Ulpien (1). Chacun des cohéritiers était tenu de l'accomplissement total du legs, qui pouvait lui être imposé pour le tout si les autres s'y refusaient. La solution était logique, mais rigoureuse. Grâce à la divisibilité des obligations pécuniaires, les juristes byzantins purent ici encore accroître l'indépendance réciproque des cohéritiers. Après avoir reproduit la doctrine classique, une adjonction byzantine indique le procédé :

« *Sed potest heredi hoc remedio succurri, ut aestimatione facta legati denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali* » (2).

Le cohéritier grevé pourra offrir au légataire une somme correspondante à la part pour laquelle il est tenu du legs. Cette offre le libérera, et le légataire qui le poursuivrait ultérieurement en exécution serait repoussé par une exception de dol. C'était, pour augmenter l'indépendance des cohéritiers, introduire une grave innovation, qui portait atteinte au droit du légataire. Désormais, il lui était pratiquement impossible d'exiger l'exécution en nature, lorsque plusieurs héritiers étaient grevés du legs (3).

(1) D. 32, 11, 23 (*supra*, p. 204, n. 2).

(2) D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, 80, 1. L'interpolation du texte est admise par Bonfante, *Archivio giur.*, t. LXXXV (1921), p. 146; *Istit.*, p. 370, n. 2; *Z. S. St.*, t. XLVII (1927), p. 552; E. Levy, *Konkurrenz*, t. II, 1, p. 239, n. 6; Krüger, *Dig.* (?) ; Heumann-Seckel, v° *Remedium* (?).

(3) Cette indépendance réciproque des copropriétaires explique également l'innovation introduite en matière de constitution de droits par actes successifs. En droit classique, seul l'accomplissement du dernier acte en marquait l'établissement. Jusque-là, le respect ne s'en imposait pas, même à ceux

La tendance favorable à la divisibilité n'est d'ailleurs pas propre à notre matière. Elle se retrouve dans d'autres domaines et apparaît comme une des préoccupations dominantes des réformes byzantines. Diverses interpolations ont pour objet d'obliger le créancier à recevoir un paiement partiel (1), d'introduire la divisibilité de la responsabilité des co-tuteurs (2), de n'obliger qu'à un paiement partiel de la *poena* lorsque l'inexécution n'a elle-même été que partielle (3). Le bénéfice de division entre cautions solvables ne sera généralisé que par Justinien (4). Enfin, les réformes apportées par cet empereur en matière de solidarité ou d'obligation *in solidum* et les conditions mises par la Novelle 99 à l'existence de la solidarité témoignent de son désir de restreindre le domaine de l'indivisibilité. C'est dans ce mouvement général qu'il faut faire figurer les innovations favorables à l'indépendance réciproque des indivisaires.

§ 3. — *Les tendances à l'organisation du groupement.*

Les innovations, qu'il nous reste à signaler ici, se rattachent au même souci de faciliter la gestion des biens indivis, mais

qui avaient déjà accompli le leur pour leur part. De même, si l'un des copropriétaires devenait incapable, il était nécessaire de recommencer la série des actes individuels (Cf., pour la constitution des servitudes, *supra*, p. 220). Ces solutions sont écartées dans le droit de Justinien. L'acte accompli produit effet, alors même que son auteur ne pourrait plus l'opérer, lors du dernier d'entre eux (D. 33, 5, *de optione*, 8, 2, *i. f.*, interpolé). Son respect s'impose dès son accomplissement (D. 8, 3, *de serv. praed. rust.*, 11, *i. f.*, interpolé; *supra*, p. 217, n. 3). C'est le signe d'une conception nouvelle de ce mode d'établissement des droits. Au lieu de tenir les actes successifs pour des éléments de l'acte collectif, on les considère désormais comme la manifestation indépendante de la volonté de chacun, capable par elle seule de produire des effets juridiques.

(1) D. 12, 1, *de reb. cred.*, 21, *i. f.* (Cf. *Index interp.* et *Suppl.*).

(2) D. 27, 3, *de tut.*, 1, §§ 10-12 (Cf. *Index interp.*). En faveur de son caractère byzantin, Lecomte, *Pluralité de tuteurs*, p. 168-169.

(3) D. 2, 11, *si quis caut.*, 9, 1, *i. f.* (Cf. *Index interp.* et *Suppl.*). Cf. Guarneri Citati, *Obbl. ind., Ann... di Palermo*, t. IX (1921), p. 248-253.

(4) C. J., 4, 18, *de const. pec.*, 3. Cf., par ex. Cuq, *Inst. jur.*, p. 655; Girard, *Manuel*, p. 807.

elles sont inspirées d'idées complètement opposées à celles dont on vient de trouver l'expression. Au lieu d'une « dissociation » des intérêts communs, c'est au contraire un groupement plus étroit qui en est fait, alors que s'esquisse, encore très incertaine, une notion de l'unité propre du patrimoine indivis. Les solutions classiques s'expliquent par l'idée de droits individuels, exercés concurremment sur une même chose, et par la nécessité de concilier ces droits parfois opposés. Dans le droit byzantin, au contraire, à côté des droits individuels apparaît l'idée de l'intérêt collectif du bien indivis. On hésitera à en permettre le morcellement. On autorisera les actes qui paraîtront utiles, alors même que tous n'y seraient pas disposés. On admettra dans une certaine mesure la représentation du groupe des indivisaires par certains d'entre eux. Le patrimoine indivis devient une entité économique distincte, de même que l'indivision était tenue pour une institution juridique particulière (1).

Cette idée d'un patrimoine distinct, formé par les biens indivis, apparaît avec une particulière netteté dans le droit de préemption des copropriétaires, lorsque l'un d'eux aliène sa part. Ce droit pouvait, à l'époque classique, résulter d'une convention expresse (2). Mais Dioclétien condamnait encore l'opinion selon laquelle on ne pouvait vendre qu'à un copropriétaire la part que l'on avait dans le bien indivis (3). Un régime nouveau fut instauré par une constitution de Constantin, inspirée sans doute par des pratiques orientales (4). Il fut désormais légalement possible d'exercer un droit de préemption ou de retrait à l'égard des aliénations opérées par les *proximis consortibusque*. C'est le droit qui sera plus tard

(1) Cf. Riccobono, *Communio*, p. 117 (pour lequel cette réforme serait inspirée par des idées d'entr'aide, de tendances chrétiennes).

(2) Scaevola (28 *Dig.*), D. 45, 1, *de verb. obl.*, 122, 3.

(3) C. J., 4, 52, 3 (*supra*, p. 242, n. 7).

(4) Une allusion y est faite dans la constitution (C. Th., 3, 1, 6), qui abroge le régime antérieur. L'attribution de la première disposition à Constantin fut proposée pour la première fois par Godefroy, *Comm. ad C. Th.*, *3*, *1*, *6*.

désigné sous le nom de προτίμησις. Il exprime l'idée de l'unité du bien indivis, spécialement, sans doute, du bien héréditaire et familial. On veut éviter son morcellement au gré des copropriétaires et l'intrusion de personnes étrangères sur le fonds.

Le caractère particulier de cette institution, qui traduit des coutumes familiales étrangères au droit de la métropole (1), ne nous permet pas d'insister sur son fonctionnement (2). Elle n'eut d'ailleurs qu'une existence éphémère, tout au moins en Occident. Elle contrariait le libre droit de disposition reconnu à chaque copropriétaire sur sa part, et celui-ci devait l'emporter. En 391, Valentinien, Théodose et Arcadius, dans une constitution adressée au préfet du prétoire d'Italie, d'Illyrie et d'Afrique, abrogèrent le régime, qui leur paraissait, sous une fausse apparence de convenance, violer de façon grave le droit qu'a chacun de disposer au profit de qui lui semble bon (3).

(1) Voir pour les traces de ces pratiques locales, Taubenschlag, *Das römische Recht zur Zeit Diokletian's* (*Bull. intern de l'Ac. polonaise des Sc. et des Lettres*, clas. de philolog., 1922-1924), p. 229-233.

(2) Cf. Platon, *Observations sur le droit de* προτίμησις, *Rev. générale du droit, de la lég. et de la jurisp.*, t. XVII-XIX (1903-1905); Cuq, *Dictionnaire* de Daremberg et Saglio, *ad h. v°*; Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 69; E. Bussi, *Ricerche intorno alle relazioni fra retratto bizantino e musulmano* (Milano, 1933), et le C. R. de M. Roussier (*R. H. D.*, 1934, p. 323-332), qui souligne, à juste titre, nous semble-t-il, le caractère primitivement familial de cette pratique.

(3) C. Th., 3, 1, *de contrah. empt.*, 6; C. J., 4, 38, *de contrah. empt.*, 14. La constitution est, dans les deux recueils, mise sous le nom des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose. Mais elle est datée du consulat de Tatianus et de Symmache, qui est de 391. Or, Gratien fut assassiné en 383 et remplacé par Arcadius. Les éléments de datation sont contradictoires. On peut tenir pour certain que c'est la mention des Augustes, désignés au C. Th. simplement par l'abréviation *Idem A. A. A.*, qui est erronée. Le scribe a continué à renvoyer aux empereurs mentionnés par les constitutions précédentes, sans tenir compte du changement de 383. Cette correction est confirmée par la mention exacte des Augustes dans une constitution adressée le même jour et au même destinataire (C. Th., 1, 1, *de Const. princ.*, 2), qui doit être un fragment de celle que nous examinons.

Dudum proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emptione

Cet essai d'une organisation collective de l'indivision avait échoué par la contradiction trop manifeste qu'il apportait au libre droit de disposition de chacun. D'autres réformes durent à leur portée plus limitée et à leur apparence plus modeste d'avoir plus de longévité.

On a relevé l'interpolation d'un texte de Paul relatif à la dissolution de la société par la renonciation d'un des associés, à un moment où cette dissolution est préjudiciable aux intérêts communs (1). Le fr. rapporte l'opinion de Labéon, donnant un recours lorsqu'il était de l'intérêt du *socius* (*interfuit socii*) que la dissolution n'intervint pas. Plus loin, un passage interpolé, mis sous l'autorité de Proculus, exprime la même idée en termes différents : « *si societatis non intersit dirimi societatem : semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed quod societati expedit* ». A l'intérêt du *socius*, s'est substitué celui de la *societas*.

L'existence d'un intérêt collectif, distinct de celui des copropriétaires, est également attesté pour l'époque byzantine, au cas de simple indivision (2). Il s'exprime dans des adjonctions, parfois malhabiles, aux textes classiques, qui en restreignent l'application si l'intérêt commun l'exige. La faculté de conclure une convention d'indivision temporaire est ainsi mise en rapport avec l'avantage que la chose commune pourra y trouver (3). Mais la tendance nouvelle se manifeste particulièrement dans l'octroi de recours entre *socii*.

removerent neque homines suo arbitratu vendenda distrahent. Sed quia gravis haec videtur injuria, quae inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, superiore lege cassata unusquisque suo arbitratu quaerere vel probare possit emptorem.

La *protimesis* fut employée différemment par la suite, pour des raisons fiscales, spécialement entre habitants des métrocomies (C. J., 11, 56, *non lic. metroc...*, 1).

(1) D. 17, 2, *pro socio*, 65, 5 ; cf. *Index interp.*

(2) Riccobono, *Communio*, p. 93 sq., 115; Branca, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 280. Sur les progrès de la notion d'*universitas* à l'époque byzantine, Bonfante, *Scr. giur.*, t. I, *La successio in universum jus*, spéc. p. 268; t. III, p. 455, n. 1.

(3) Paul (3 *ad Plautium*), D. 10, 3, *C. D.*, 14, 2 : *sin autem intra certum*

Si l'un d'eux, malgré la *nuntiatio operis novi*, ayant fait sur le fonds commun un travail préjudiciable au voisin, est poursuivi et condamné pour le tout, il n'aura un recours contre ses copropriétaires que si le travail était utile à l'immeuble commun (1).

De même, lorsque l'un des copropriétaires veut faire sur le fonds commun un *opus*, les autres pourront, par l'action *communi dividundo*, obtenir que le travail ne soit pas effectué, ou, s'il l'a déjà été, que les lieux soient remis en état : *si modo toti societati prodest opus tolli* (2).

Ces exemples témoignent d'une conception nouvelle. L'acte licite n'est plus nécessairement celui qui ne porte pas atteinte au droit des *socii*, ou qui est accompli sans opposition de leur part. Il faut, en outre, qu'il présente une utilité pour le bien indivis. C'est d'elle que dépendra la possibilité de se faire indemniser d'un préjudice subi *communi nomine*, ou la validité d'une *prohibitio* adressée à un copropriétaire.

Ce souci de faire place à l'intérêt général devait se manifester dans un autre domaine. La gestion du bien commun par la majorité de ses titulaires n'avait occupé, en droit classique, qu'une faible place. Elle nécessitait, semble-t-il, une clause expresse la prévoyant (3). Sans doute, Gaius recom-

tempus (*conveniat ne divisio fiat*), *quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet.* L'interpolation du texte est communément admise (Cf. *Index interp.* et *Suppl.*). Tout le paragraphe est d'ailleurs suspect : *manifestissimum est, sin autem, rei qualitas*, etc.

(1) D. 10, 3, *C. D.*, 6, 12, *i. f.* L'interpolation du texte, démontrée par M. Riccobono, *Communio*, p. 94-95, a été admise par MM. Krüger, *Dig.*; Biondo Biondi, *Act. arbit.*, I, p. 197; Guarneri Citati, *Ann. di Palermo*, t. IX (1921), p. 90, n. 3; Segré, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 130, n. 1. Elle résulte de l'absence de cette condition dans les autres textes : D. 39, 1, *de op. nov. nunt.*, 5, 5; *h. t.*, 18, *pr.*, et de la modification de l'hypothèse entre le début du texte relatif à un *aedificium* et la fin qui ne parle que d'*aedes*.

(2) D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 26, *i. f.* L'exercice de l'action en partage pour obtenir la destruction d'un travail *manente communione* est le signe le plus manifeste de l'interpolation du texte (Cf. *supra*, p. 439, n. 5). Cf. *Sent.* de Paul, V, 10, 2 (*utilitatis causa*).

(3) *Supra*, p. 228-229.

mandait-il de déposer les titres héréditaires chez celui *qui majore ex parte heres sit* (1), et nous avons signalé une constitution de 225 permettant au fisc de vendre pour le tout des biens dont il ne serait copropriétaire que pour une *minima portio* (2). Mais si ces passages prouvent qu'une certaine attention était déjà donnée à l'importance des parts respectives, ils ne font pas allusion au rôle qu'elle pourrait avoir dans l'étendue des pouvoirs reconnus à chacun.

Deux textes au contraire reconnaissent expressément l'importance de la majorité à l'époque byzantine (3). Tous deux concernent la même situation : celle d'un déposant qui meurt en laissant plusieurs héritiers. D'après le fr. de Gaius, si la majorité d'entre eux réclame la restitution de l'objet déposé, celle-ci sera valablement opérée entre leurs mains.

Le texte de Pomponius ne se réfère expressément qu'à la réclamation faite par une *pars heredum*, sans préciser s'il s'agit de la majorité. Il décide tout d'abord que, si la restitution est faite sur l'ordre du préteur, le débiteur sera libéré même à l'égard des autres héritiers. Mais, ajoute-t-il, si elle a lieu sans dol, elle sera également libératoire, alors même qu'elle ne résulterait pas de l'ordre du préteur. Enfin, il termine en disant qu'il vaut cependant mieux la faire sur son

(1) (7 *ad ed. prov.*), D. 10, 2, *F. E.*, 5.

(2) C. J., 10, 4, *de vend. rer. fisc.*, 1, *pr.* (*supra*, p. 225, n. 4).

(3) Gaius (9 *ad ed. prov.*), D. 16, 3, *depos. vel contra*, 14, *pr.* : *Si plures heredes exstiterint ei qui deposuerit, dicitur, [si major pars adierit, restituendam rem praesentibus : majorem autem partem non ex numero utique personarum, sed ex magnitudine portionum hereditariarum intellegendam]*.

Pomponius (6 *ad Q. Mucium*), D. 46, 3, *de sol. et lib.*, 81, 1 : *Si lancem deposuerit apud me Titius et pluribus heredibus relictis decesserit : si pars heredum me interpellet, optimum quidem esse, si praetor aditus jussisset me parti heredum eam lancem tradere, quo casu depositi me reliquis coheredibus non teneri. [sed et si sine praetore sine dolo malo hoc fecero, liberabor aut (quod verius est) non incidam in obligationem. optimum autem est id per magistratum facere]*.

Cf. Riccobono, *Communio*, p. 103-112; Segré (en dernier lieu : *Comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 114, n. 1); Branca, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 278-280.

ordre. Il est difficile d'attribuer à Pomponius une opinion aussi instable et contradictoire. Si la restitution faite sans dol, mais sans aucun ordre du magistrat, est libératoire, on n'a que faire de l'intervention de celui-ci. Dira-t-on que c'est une garantie supplémentaire dont il est bon de s'assurer? Peut-être, mais ce n'est pas ainsi que la présente le texte. L'intervention du préteur est donnée comme le cas normal, que l'on cite en première ligne.

En réalité, le texte de Pomponius fut interpolé (1). Sa première solution représente l'état de droit à l'époque classique, encore que les termes aient pu en être remaniés. Lorsque le préteur ordonnait la restitution, celle-ci était libératoire, non parce qu'elle était faite à une *pars heredum*, mais parce qu'elle l'était *jussu praetoris*. Dans ce régime, il importait peu de savoir si la *pars* représentait ou non la majorité ; ce n'était pas à elle que la restitution devait d'être libératoire. Mais les Compilateurs, trouvant cette mention d'une *pars heredum* et l'interprétant, sans doute, comme devant s'entendre de la *major pars*, introduisirent leur principe nouveau. Ils admirent la validité de la remise faite à la *pars heredum*, reconnaissant à celle-ci un pouvoir propre dans l'administration du bien commun (2).

Quant au texte de Gaius, l'interpolation en a été démontrée tout spécialement par M. Riccobono (3), et elle est reconnue par de nombreux auteurs (4).

Ce texte précise la conception byzantine d'une façon plus complète que celui attribué à Pomponius. La *major pars* s'estime non d'après le nombre des individus qui la composent, mais d'après l'importance des parts indivises qu'elle repré-

(1) En ce sens, Bonfante, *Scr. giur.*, t. III, p. 372.

(2) L'interpolation est confirmée par des critères formels : *incidere in obligationem*, répétition à la fin du texte de la solution du début.

(3) *Communio*, p. 104, n. 1.

(4) Cf. *Index interp.* Elle résulte tant de l'opposition de cette solution avec celle de texte classique (D. 16, 3, 1, 31), que d'indices formels : absence de verbe auxiliaire auprès des deux gérondifs, absence de complément à *deposuerit* et à *adierit*.

sente (1). Cette notion de la majorité se retrouve identique dans un autre domaine. Justinien admit que les créanciers pourraient se mettre d'accord pour n'exiger de leur débiteur qu'un paiement partiel; lorsque cet accord ne pourrait se réaliser, le magistrat interviendrait et suivrait l'avis de la majorité (2). Ici encore l'adjonction à cette solution byzantine (3) d'un texte de Papinien (4), qui définit la *major pars*, « *pro modo debiti, non pro numero personarum* », montre que la majorité est formée par ceux qui sont le plus intéressés à l'affaire et non par le plus grand nombre.

Enfin, l'interpolation d'un texte d'Ulpien, relatif à la constitution des servitudes, souligne également la différence que l'on doit faire selon l'importance de la part de chacun dans la chose commune (5). Ulpien estimait nécessaire le *consensus omnium* lorsque le fonds grevé appartenait à plusieurs. Le texte actuel ajoute : « *iniquum enim visum est voluntatem unius ex modica forte portiuncula domini praejudicium sociis facere* ». La contradiction de cette finale avec la solution classique est manifeste, et le lien que veut introduire l'adverbe *enim* la souligne davantage (6). Là où Ulpien exigeait le consentement de tous, les Byzantins, tout en semblant justifier sa solution, la transforment, en déclarant que la volonté d'un seul, peut être copropriétaire pour une fraction minime, ne doit pas causer préjudice aux autres.

Sans doute n'y a-t-il là que des indices, parfois incertains (7). Aucun texte ne reconnaît nettement le droit de la

(1) Ce système fut adopté par notre ancien droit : Lebrun, *Succ.*, IV, 1, n° 23. C'est également celui du Code civil italien, article 678.

(2) Ulpien (*4 ad ed.*), D. 2, 14, *de pact.*, 7, 19.

(3) Cf. *Index interp., ad h. l.*

(4) (*10 Resp.*), D. 2, 14, 8. La première phrase seule est pure. On ne peut donc savoir à quoi elle se rapportait (Cf. Lenel, *Paling.*, n° 650).

(5) (*53 ad ed*), D. 39, 3, *de aqua et aquae pluviae*, 10, *pr.*

(6) En particulier, Eisele, *Z. S. St.*, t. XXX (1909), p. 133-134; Riccobono, *Communio*, p. 111-112; Krüger, *Dig.*

(7) Bonfante, *Corso*, t. II, 2, p. 39, n. 1, en conclut que le principe majoritaire n'a joué qu'un rôle très réduit dans l'organisation de l'indivision à

majorité à décider de la gestion du bien indivis. Peut-être est-ce le signe que l'idée était nouvelle et encore mal dégagée. Néanmoins, l'insistance des Compilateurs à l'introduire dans plusieurs textes, où parfois elle contredit la solution classique, prouve l'intérêt qu'ils y attachaient et la valeur que présentait pour eux ce mode de gestion (1).

Ces transformations témoignent du souci de faciliter la gestion du bien indivis. Mais la diversité des procédés employés ne permet guère de les tenir pour la réalisation d'une conception d'ensemble. Pas plus qu'à l'époque classique, un principe unique ne peut suffire à en rendre compte. Sans doute les juristes byzantins ont-ils de l'indivision une conception plus « organique ». L'individualité du bien indivis, son intérêt particulier, la représentation de l'ensemble des *socii* par la majorité d'entre eux sont des signes de cette tendance (2). Mais leur manifestation est souvent incertaine et

l'époque byzantine. Il n'en trouve trace que dans les interpolations de D. 10, 2, 5. C'est négliger d'autres passages qui, par leur rapprochement, attestent l'importance plus grande prise par ce principe.

(1) M. Valeri (*Plures exercitores*, *Riv. dir. comm.*, 1923, p. 53-55) signale la présence du même principe dans la rédaction byzantine de la *lex Rhodia de jactu*, au VIII^e^ siècle. L'interprétation du passage (*Cap. 19, part.* II) est d'ailleurs des plus difficiles. Il semble toutefois reconnaître un pouvoir de décision à la majorité, déterminée d'après l'intérêt des parties dans le négoce, et non d'après leur nombre. L'auteur suppose que ce droit de la majorité devait exister pour toute décision. Le texte exige que la majorité soit des 3/4, ce qui témoignerait du caractère récent et encore mal établi de son autorité.

(2) Bonfante (*Corso*, t. II, 2, p. 27-28) croit en outre que le système classique du *jus prohibendi* fut modifié par les Byzantins. Alors qu'en droit classique il signifiait simplement le droit pour chacun de s'opposer à l'acte du *socius*, il exprimerait désormais la nécessité du consentement exprès de tous. Mais, comme le fait observer M. Branca (*Riv. it. Sc. giur.*, t. VI (1931), p. 242-243), pareille réforme ne peut avoir été introduite en même temps que celle reconnaissant la validité de l'acte utile à l'indivision et la possibilité d'intenter les actions en partage *manente communione*. Il eût été contradictoire d'alourdir le régime par l'exigence du *consensus omnium*, alors que l'on tendait par ailleurs à le rendre plus pratique. L'effet de cette réforme aurait été battu en brèche par les deux autres principes.

Des textes invoqués par l'auteur, un seul (D. 10, 3, *C. D.*, 28) traduirait,

n'exclue pas d'autres influences. C'est un des aspects nouveaux que présente alors l'indivision, non une construction complète qui en expliquerait le régime.

SECTION IV

Le caractère de bonne foi des actions en partage et les nouvelles règles de responsabilité.

Les deux questions que nous nous proposons d'envisager dans cette section ne présentent entre elles aucun lien apparent. Au point de vue historique, les textes n'en établissent pas. La portée même des innovations byzantines ne semble pas être la même dans les deux cas : la reconnaissance du caractère de bonne foi des actions en partage ne modifie guère les anciens *arbitria*. La responsabilité des indivisaires, au contraire, obéit désormais à des principes nouveaux. En réalité, cependant, toutes deux témoignent d'une idée identique.

Nous avons vu dans un chapitre précédent qu'aucune source classique ne faisait figurer les actions en partage dans la liste des *judicia bonae fidei*, et que par ailleurs ce caractère eût été incompatible avec la nécessité d'insérer l'*exceptio doli* ou l'*exceptio pacti* dans la formule de l'action. Leur caractère d'*arbitrium* et la formule a *intentio incerta* suffisent à expliquer les larges pouvoirs concédés au juge.

Mais c'est une des particularités du droit byzantin que son effort de grouper dans certaines classifications les divers types d'actions, et plus particulièrement d'étendre le domaine des

de son avis même, cette transformation en déclarant : *neminem... jure facere... invito altero posse*, alors que le texte classique aurait porté *jure servitutis* (*supra*, p. 338). Nous avons dit les raisons pour lesquelles nous doutons de la valeur de cette correction, et il ne nous est pas apparu que ce texte, dans sa teneur actuelle, prouvât la nécessité du *consensus omnium* (*supra*, p. 338-344). La seule innovation certaine en ce qui concerne la *prohibitio*, c'est sa sanction par l'action en partage (Riccobono, *Communio*, p. 58-62; Bonfante, *Corso*, t. II, 2, p. 30-31 ; Branca, *op. cit.*, p. 78-80; cf. *supra*, p. 439-440).

actions de bonne foi (1). L'analogie que présentaient les actions en partage avec les actions de bonne foi déjà reconnues devait faciliter cette assimilation.

Celle-ci est attestée dans les compilations de Justinien à diverses reprises. Pour la première fois la liste des actions de bonne foi donnée par les Institutes mentionne les actions *familiae erciscundae* et *communi dividundo* (2). On ne peut savoir, faute de textes sur ce point, si elles ne faisaient là que consacrer une opinion déjà communément admise, si elles tranchaient une controverse analogue à celle qui s'était élevée à propos de la pétition d'hérédité (3), ou enfin si elles apportaient une innovation due aux commissaires de Justinien.

Le caractère nouveau des actions en partage est également signalé par divers textes du Digeste, ou du Code, dont l'interpolation a été démontrée (4). Une constitution de Gordien attribue au caractère de bonne foi de l'action *familiae erciscundae* l'accroissement dont bénéficie la part de chacun par la perception des fruits (5). Mais cette règle n'apparaît nullement comme la conséquence de la *bona fides*. Elle se retrouve identique, en matière de pétition d'hérédité, pour laquelle le caractère de bonne foi ne fut admis définitivement que par Justinien. En réalité, dans les deux cas elle est une conséquence de la généralité que présente le droit de l'héritier ou du cohéritier appelé à recueillir tout ou partie d'un patrimoine. L'incidente « *cum familiae erciscundae titulus inter bonae fidei judicia numeretur* » apparaît comme une interpo-

(1) Par ex. en y faisant figurer l'action *ex stipulatu* en restitution de dot, ou la pétition d'hérédité. Voir sur cette question, Longo, *Sopra alcune generalizzazione giustinianee in materia di giudizii di buona fede*, *Studi Moriani*, 1906, t. I, p. 193-208.

(2) I. J., 4, 6, *de act.*, 28. Elles figurent à côté de l'action *praescriptis verbis* et de la pétition d'hérédité pour laquelle le caractère de bonne foi est certainement byzantin.

(3) C. J., 3, 31, *de pet. hered.*, 12, 3; I. J., 4, 6, 28, *i. f.*

(4) En particulier par Audibert, *N. R. H. D.*, 1904, p. 425-436.

(5) C. J., 3, 36, *F. E.*, 9.

lation (1), qui ne justifie en rien la solution principale, et dont le seul objet est l'affirmation du caractère nouveau de l'action.

La même interpolation est établie avec encore plus de certitude par la comparaison de la version donnée au Code de Justinien d'une constitution de Dioclétien et Maximien avec celle transmise par le Code Grégorien et la *Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti* (2). Le texte concerne le recours contre un partage inégal, par suite de la fraude d'un copartageant (3). Il n'est fait aucune allusion, dans les deux sources pures, au caractère de bonne foi de l'action en partage. Le texte byzantin déclare au contraire : « [*in bonae fidei judiciis*] *quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur* ». L'innovation est matériellement établie par la comparaison des deux versions du rescrit. On aurait d'ailleurs pu la déceler si cette comparaison avait été impossible. L'affaire soumise aux empereurs concernait un partage amiable. Le texte byzantin le précise par l'adjonction « [*sine judicio*] *factis divisionibus* ». Le caractère de bonne foi des actions en partage ne pourrait, sans autre explication, justifier la possibilité d'attaquer un partage amiable. D'autre part, le recours envisagé par Dioclétien et Maximien n'est pas l'exercice de l'action en partage (4). Le caractère de celle-ci n'a donc que faire en l'espèce. Ici encore, la mention de la bonne foi ne fut introduite que par une interpolation maladroite, désireuse d'affirmer, là où elle le pouvait, le principe nouveau.

La même affirmation, présentée cette fois à titre principal, se retrouve au début d'un texte d'Ulpien déclarant valable un partage incomplet et permettant l'exercice d'une seconde action *communi dividundo* pour répartir les biens omis dans

(1) En ce sens Krüger, C. J., *ad h. l.*

(2) C. Grégorien, 3, 4 (6), 4; *Consultatio*, II, 6; C. J., 3, 38, *com. utr. jud.*, 3.

(3) *Supra*, p. 414, n. 1.

(4) *Supra*, p. 414-415.

la première (1). La solution du texte est classique, mais on ne saurait y voir la conséquence du caractère de bonne foi de l'action; ce caractère se retrouve dans l'action *familiae erciscundae*, qui, cependant, n'est possible qu'une seule fois. Aussi, l'interpolation des mots : « *hoc judicium bonae fidei est* », démontrée par Audibert, est aujourd'hui reconnue par la majorité des auteurs (2). De même en est-il de l'incidente « *quia bonae fidei judicium est communi dividundo* » dans le texte profondément remanié de Paul, D. 10, 3, 14, 1 (3).

Enfin, on ne saurait considérer comme une preuve suffisante de ce caractère la solution concordante de deux *leges geminatae* autorisant le copropriétaire d'un esclave à reprendre avant partage l'objet d'une acquisition faite exclusivement à ses dépens (4). Audibert avait cru à l'interpolation de ces textes, qui selon lui auraient renfermé une contradiction, le copropriétaire étant d'abord autorisé à prélever la valeur de la chose, puis la chose elle-même. M. Berger s'est efforcé de réduire l'antinomie des deux phrases; mais, alors même que l'on ne se laisserait pas convaincre par son argumentation, le droit de prélever la valeur de la chose ne peut être considéré comme contredisant celui de prélever la chose elle-même. L'option a pu être laissée au copropriétaire, et la première alternative apparaît même comme la seule possible lorsque le bien n'existe plus en nature (5). Aussi peut-on hésiter à tenir pour interpolée l'incidente « *quia bonae fidei convenit* » (D. 10, 3, 24, *pr.*) ou « *nam fidei bonae convenit* » (D. 41, 1, 45), qui justifie la solution du texte (6). Cepen-

(1) (19 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 4, 2.

(2) Cf. *Index interp.* et *Suppl. Contra*, Jörs, *Römisches Recht*, p. 174, n. 4.

(3) *Supra*, p. 307, n. 2; p. 364, n. 1, et les auteurs cités à l'*Index interp.*

(4) D. 10, 3, *C.D.*, 24, *pr.*; 41, 1, *de adquir. rer. dom.*, 45 (*supra*, p. 235, n. 5).

(5) *Supra*, p. 236, n. 1.

(6) Les deux solutions ont trouvé leurs défenseurs. Cf. *Index interp.* et *Suppl.*, *ad h. l.* L'argument le plus sérieux en faveur du caractère clas-

dant, quelle que soit l'opinion adoptée sur ce point, on ne peut faire intervenir ces textes dans la question qui nous occupe. Ils ne disent pas que l'action *communi dividundo* soit une action de bonne foi, mais simplement qu'il est conforme à la bonne foi d'indemniser (sous une forme ou sous une autre) celui qui a fait les frais de l'acquisition (1).

Les hésitations que l'on peut avoir à repousser jusqu'au Bas-Empire la reconnaissance du caractère de *judicia bonae fidei* aux actions en partage prouvent le peu d'importance que cette innovation présentait en pratique. A l'exception de quelques règles, telles que la nécessité d'insérer dans la formule les *exceptiones doli* ou *pacti*, l'*arbitrium* du droit classique avait déjà les avantages du *judicium bonae fidei*. La réforme byzantine apparaît plutôt comme une nouveauté théorique que comme une transformation profonde des actions en partage. Elle ne fait que manifester le désir de ranger la multiplicité des actions du droit classique, correspondant à la variété des situations à sanctionner, en un certain nombre de catégories présentant une apparence de valeur dogmatique (2).

sique résulte de la concordance des *Leges geminatae* (Berger, *Teilungsklagen*, p. 181-182). M. Biondo Biondi (*Judicia b. f.*, *Ann. di Palermo*, t. VII (1918), p. 227-228) a mis en doute sa valeur et explique la double interpolation en supposant que, Gaius citant Julien, les Compilateurs ont pu se référer au texte de ce dernier afin de mettre la citation en harmonie avec l'original. L'hypothèse n'est pas inadmissible. Mais les autres exemples qu'en donne le savant romaniste ne sont pas absolument décisifs. Il signale lui-même un cas où les Compilateurs n'ont pas fait cette comparaison : D. 42, 1, 4, 8 et D. 46, 3, 69, où seul le second texte est interpolé. D'autre part, si dans D. 8, 2, 10 et D. 7, 1, 30 la même interpolation se retrouve, elle ne s'exprime pas en termes identiques, ce qui peut faire douter de l'existence d'une comparaison entre les deux textes. Quant à l'identité des termes interpolés dans D. 39, 6, 13, 1 et D., *h. t.*, 35, 4, elle s'explique facilement par le voisinage immédiat des deux textes et le caractère de simple glose explicative de cette adjonction.

(1) En ce sens, Lenel, *Edictum*, p. 209, n. 1.

(2) Ce souci apparaît dans les Institutes, L. IV, titre VI, consacré aux actions (§ 1 : *Omnium actionum... summa divisio*; § 16 : *Sequens illa divisio est*; § 21 : *Omnes actiones vel in simplum... vel in duplum*, etc...; § 28 :

Cependant, l'insistance des Compilateurs à introduire le principe nouveau dans des textes où bien souvent il n'avait guère sa place, est une preuve de l'intérêt qu'ils y attachaient. C'est que sa reconnaissance précisait la nature des relations entre indivisaires. Ceux-ci devaient, au cours du régime indivis, comme à sa dissolution, respecter la bonne foi, naturelle entre cohéritiers membres d'une même famille et essentielle dans les rapports sociaux. Ce n'était pas seulement au juge que s'imposait l'obligation de statuer *ex fide bona*. C'était aux *socii* à se conduire entre eux selon ces principes, et à en rendre compte lors de la liquidation.

Ces conceptions expliquent l'adoucissement apporté à la responsabilité des indivisaires. Alors que le droit classique les rendait responsables de leur dol et de leur faute, ils ne sont plus, à l'époque byzantine, responsables que de la *diligentia* qu'ils apporteraient à leurs propres affaires. De l'ensemble des textes traitant de cette question (1), deux seuls donnent quelques précisions, qui doivent être retenues.

L'un d'eux, le plus vague (2), nous est déjà connu. Le caractère byzantin de sa finale est admis par de nombreux auteurs (3). Le texte concerne le recours exercé par l'acheteur d'un bien héréditaire, évincé par le créancier, qui avait ce bien en gage. L'acheteur peut poursuivre n'importe lequel des cohéritiers vendeurs. Mais, s'il agit contre celui qui,

Actionum... quaedam bonae fidei... quaedam stricti juris). Il ne peut s'expliquer uniquement par le caractère scolaire du *Manuel*, car les Institutes de Gaius, ouvrage d'étudiants également, font une place beaucoup plus réduite à ces classifications.

(1) D. 10, 2, *F. E.*, 16, 4 (*dolus et culpa*); *h. t.*, 25, 18 (*culpa*); 45, 1 (*culpa*); 10, 3, *C. D.*, 14, *pr.* (*quod agi debuit*); *h. t.*, 20 (*culpa*); 26 (*culpa*); 21, 1, *de aed. ed.*, 31, 9 (*culpa vel dolo*); 50, 17, *de div. reg.*, 23 (*dolus et culpa*); C. J., 3, 37, *C. D.*, 4, 2 (*dolus et culpa*).

(2) D. 21, 2, *de evict.*, 65.

(3) *Supra*, p. 284, n. 3. Il a été démontré tout particulièrement par Eisele : *Z. S. St.*, t. XXX (1909), p. 129. Cf. également Kunkel, *Z. S. St.*, t. LXV (1925), p. 323. (*Damnosa* est suspect, Guarneri Citati, *Indice, ad h. v°*).

ayant déjà remboursé pour sa part le créancier, n'est pas responsable de l'éviction, il est juste de donner à ce dernier un recours « *cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri* ». La *negligentia* consiste ici à n'avoir pas remboursé le créancier, ce qui a entraîné l'éviction et le recours de l'acheteur.

Mais il ne faut pas donner à cette expression un sens technique qui, en droit byzantin, lui fait désigner un certain degré de responsabilité (1). Le texte ne dit pas que le cohéritier soit tenu de sa *negligentia*, mais simplement que sa négligence ne doit pas causer préjudice. C'est l'acception large d'un mot de la langue courante, non la précision d'une expression juridique, qu'il faut ici reconnaître à ce terme (2). Sinon il traduirait une aggravation de la responsabilité des indivisaires que le second texte vient explicitement condamner.

D'après ce dernier (3), le cohéritier est non seulement tenu de son dol, mais encore de sa faute. Et le texte précise que le cohéritier ne doit pas cependant la *diligentia* du *diligens paterfamilias*, mais simplement celle qu'il apporterait à ses propres affaires. Le caractère byzantin du passage n'est plus à démontrer (4). Aux critères de forme (*diligentiam praestare debere*, *incidere in aliquem*) (5) s'ajoutent la mauvaise rédaction du texte (6) et le caractère post-classique de l'opposition entre

(1) Par ex. D. 50, 16, *de verb. sign.*, 226 : *Magna negligentia culpa est.*

(2) Ce sens large se retrouve dans d'autres textes : par ex. D. 42, 8, 24 ; 20, 4, 12, 8.

(3) Paul (23 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 25, 16 : *Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, [quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum : non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit : talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus*].

(4) Cf. en particulier, Berger, *Teilungsklagen*, p. 131-134, et les nombreux auteurs (Mitteis, Bonfante, Riccobono, Albertario, Arangio-Ruiz, Landucci, Kübler, Jörs, etc.) cités à l'*Index interp.* et au *Suppl.*

(5) Kunkel, *Z. S. St.*, t. XLV (1925), p. 290, n. 1 ; Berger, *Teilungsklagen*, p. 133, n. 1.

(6) Mommsen s'était efforcé de l'atténuer en modifiant la ponctuation (en

les notions, pourvues désormais d'une valeur technique, de la *diligentia* du *diligens paterfamilias* et de celle que l'on apporterait à ses propres affaires (1).

Cette notion de *diligentia* correspond à une appréciation subjective de la responsabilité que les écoles post-classiques tendaient à substituer, peut-être sous l'influence de conceptions philosophiques grecques, et spécialement inspirées d'Aristote, au concept objectif de la *culpa* (2). La responsabilité est appréciée différemment selon que le débiteur doit apporter à la chose les soins d'un bon administrateur ou simplement ceux qu'il met à ses propres affaires.

La justification donnée par notre texte mérite d'être soulignée, la proposition « *quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum* » ne peut se référer au passage précédent, indiquant que les cohéritiers sont responsables de

mettant les deux points après *coheres* et la virgule après *in eum*) : la phrase justificative « *quoniam... incidimus in eum* » s'appliquerait à ce qui suit, et la seconde proposition, commençant par *quoniam*, ne concernerait que la suite du texte : « *negotiorum gestorum actio non competit* ». Mais cette reconstruction, tout en rendant le début moins incorrect, empêche de rendre compte de la seconde phrase, qui introduirait une question toute différente et qui se place très mal entre deux passages relatifs à la *diligentia*. La correction de Mommsen facilite la compréhension du texte, mais en rend plus évidente la mauvaise rédaction. Le texte correspondant des Basiliques (42, 3, 25 : Heimbach, t. IV, p. 267), beaucoup mieux rédigé, permet de rétablir la pensée du rédacteur. Celui-ci affirmait la responsabilité pour *diligentia* et la justifiait en notant que le *socius* gérait pour partie ses propres affaires. Il ajoutait que ce dernier motif expliquait également l'impossibilité d'intenter l'action *negotiorum gestorum*. Ce développement logique est interrompu par la remarque « *quoniam cum... in eum* », qui aux Basiliques se traduit simplement par « ἐξ ἀνάγκης... χειρίζει » et par le rejet injustifiable de la phrase : *talem igitur...* après l'explication : *quoniam hic...*

(1) Mitteis, *Röm. Privatrecht*, p. 331-333 ; Girard, *Manuel*, p. 695 et 697, n. 1 ; Siber, *Röm. Recht*, t. II, p. 245-249 ; Jörs, *Röm. Recht*, p. 122, n. 2 ; Bonfante, *Corso*, I, p. 463 ; Heumann-Seckel, v° *Diligentia* ; Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* (1927), p. 267 sq. ; Kübler, *Z. S. St.*, t. XXXIX (1918), p. 180, 206 ; Kunkel, *Diligentia*, *Z. S. St.*, t. XLV (1925), p. 301-314, 337-351 ; Buckland, *Diligens paterfamilias* (*Studi in onore di P. Bonfante*, t. II, p. 85-108) ; Wieacker, *Z. S. St.*, t. LIV (1934), p. 67.

(2) Cf. Kunkel et Wieacker, *loc. cit.*

leur dol et de leur faute. La responsabilité pour faute n'est pas une conséquence de l'origine non contractuelle de l'indivision, car elle se rencontre couramment en matière d'obligation contractuelle. Aussi, adoptant sur ce point la correction de ponctuation proposée par Mommsen, il faut voir dans la phrase « *quoniam... incidimus* » l'explication du passage suivant, selon lequel le cohéritier n'est tenu que de la *diligentia in suis*. Ce serait donc au caractère involontaire des rapports entre cohéritiers que l'on devrait attribuer l'atténuation de leur responsabilité (1).

Mais à cette raison s'en ajoute aussitôt une autre. Le cohéritier, en gérant le bien indivis, a agi pour partie dans son propre intérêt; le texte rappelle incidemment que c'est pour cette raison qu'il n'exerce pas son recours par l'action *negotiorum gestorum*. Il est donc à penser qu'il y a apporté le soin qu'il eût mis à ses propres affaires, qu'il a agi loyalement, et l'on ne saurait le rendre responsable s'il a géré le bien indivis comme il eût fait du sien. Cette nouvelle justification est d'un ordre plus général. Elle vaudrait également pour les autres personnes, qui ne répondent que de la *diligentia quam suis*, le tuteur, le mari débiteur de la restitution de la dot, l'associé (2). Mais les textes n'en font pas mention à leur propos. Pour l'associé, en particulier, l'atténuation de la responsabilité tient à ce que celui qui s'associe à un homme peu diligent ne doit s'en prendre qu'à lui-même si les affaires sociales sont mal gérées (3). Le caractère volontaire du groupement justifie la solution, qui en matière d'indivision est attribuée à son caractère fortuit! Ce peu de cohérence des motifs doctrinaux peut rendre sceptique sur leur valeur et sur l'existence éventuelle d'une conception d'ensemble. Elle

(1) C'est ainsi que la sc. de Cyrille interprète le texte : Ἀπαιτεῖται δόλον καί κούλπαν τήν πετρίαν, ἐπειδή οὐχ ἑκών διοικεῖ..

(2) Girard (*Manuel*, p. 697) estime que cette raison est la meilleure que l'on puisse en donner.

(3) D. 17, 2, *pro socio*, 72; I. J., 3, 25, *de soc.*, 9; Del Chiaro, *Contrat de société*, p. 295-297.

doit en particulier mettre en garde contre l'idée d'une influence directe de la société sur l'indivision. L'identité des règles ne suffit pas à la prouver, lorsque leurs justifications sont contradictoires. Retenons seulement celle de notre texte. Fondant l'atténuation de la responsabilité sur une présomption de bonne administration par le cohéritier, elle atteste l'existence de la bonne foi dans ces rapports de gestion. D'une façon indirecte et lointaine sans doute, mais peut-être profonde, l'idée de la *bona fides*, si importante dans la société, précisée dans l'indivision par la reconnaissance du caractère de bonne foi des actions en partage, exerçait son influence sur les règles nouvelles de responsabilité.

APPENDICE

Le partage.

Les innovations que l'on peut relever ici sont limitées. Le partage conventionnel subsiste (1). Celui opéré par le testament des parents semble, peut-être sous des influences orientales, plus fréquent. De nombreuses constitutions s'y rapportent et le favorisent, en reconnaissant sa validité alors même que le testament serait irrégulier en la forme (2). La Nov. de Justinien 107 (541) fera cependant preuve d'une tendance restrictive. Elle attribue à la trop grande liberté laissée par Constantin et Théodose dans la rédaction de ces actes les difficultés insurmontables auxquelles donne lieu leur interprétation, nécessitant le secours de devins plutôt que de simples juristes. Aussi exige-t-elle que la date de l'acte le nom des fils institués, la mention, en toutes lettres, de leur part respective, et la désignation précise de la répar-

(1) Nous en avons conservé des exemples concrets : par ex., *P. Louvre*, n° 20 (cité par Revillout, *Précis*, t. II, p. 821); *P. Lond.*, n^{os} 978 (331); 1313 (307). Désormais le *pactum divisionis* peut être rendu obligatoire par la tradition faite par un copartageant : D. 2, 14, *de pact.*, 45 : [*traditione vel*].

(2) C. Th., 2, 24, 1 et C. J., 3, 36, 26; Nov. Th., 16, 1, 5 et C. J., 6, 23, 21, 3 (*supra*, p. 427 sq.).

tition des biens soient de la main du disposant, s'il sait écrire (ch. 1). Elle approuve, en outre, la pratique d'appeler les enfants à ratifier et à signer l'acte par lequel le testateur partageait entre eux ses biens, afin d'éviter toute contestation ultérieure (ch. 3).

Quant au partage judiciaire, deux passages des *Institutes* y sont consacrés, le premier à propos des actions en partage (1), le second à propos de l'*officium judicis* (2). Ils prescrivent au juge d'opérer le partage *ex aequo et bono* (3) et de compenser les inégalités des lots par des soultes. Ils ajoutent que le juge devra également opérer les règlements auxquels la gestion indivise a pu donner lieu : « *quod solus* (*coheres*) *fructus hereditarii fundi percepit aut rem hereditariam corrupit aut consumpsit* ». Ce n'était là que reprendre les solutions anciennes, et la pureté de rédaction des deux textes laisse supposer un emprunt à un ouvrage classique (4).

Tout au plus peut-on relever une insistance particulière à éviter des partages préjudiciables à la valeur de la chose. M. Albertario suppose certaines adjonctions faites en ce sens dans les Institutes (5). Le juge devait s'abstenir de partager un bien, non seulement lorsque cela était matériellement impossible, mais même lorsque l'on ne pouvait le faire commodément.

Sans pouvoir affirmer que cette préoccupation soit une

(1) I. J., 4, 6, *de act.*, 20, *i. f.*

(2) I. J., 4, 17, *de off. jud.*, 4 et 5.

(3) Audibert (*N. R. H. D.*, 1904, p. 424), comparant ce passage avec celui des Inst. de Gaius, IV, 42, constate l'absence de la clause *ex aequo et bono* dans la formule classique de l'*adjudicatio*, et conclut sur ce point à une innovation byzantine. L'expression est peut-être nouvelle ; mais elle ne fait que consacrer les solutions classiques, recommandant déjà à l'arbitre d'opérer le partage au mieux des intérêts de chacun, en évitant les morcellements préjudiciables et en assurant la stricte égalité par les condamnations à des soultes. Sa liberté d'agir ne pouvait plus guère s'accroître après l'époque classique.

(4) Berger, *Teilungsklagen*, p. 100, n. 2.

(5) *Justum pretium et justa aestimatio*, *B. Ist. D. R.*, t. XXXI (1921), p. 15, n. 1. Aux I. J., 4, 17, 5, seraient interpolés : [*veluti de fundo*], [*etsi... regionibus*], *quod si* [*commode*].

innovation dans le texte des Institutes, il est d'autres passages dont elle a provoqué l'interpolation. C'est en ce sens que fut remanié un texte d'Ulpien relatif aux difficultés du partage (1). Le texte, dans son état actuel, déclare que si la division est si difficile qu'elle paraisse presque impossible, le juge peut « *in unius personam totam condemnationem conferre et adjudicare omnes res* ». L'incorrection de cette formule est manifeste (2). S'il y a plusieurs *res* (ce qu'implique le pluriel *omnes*) le partage en est possible. L'adjectif *totam* est inutile. L'expression *in unius personam... condemnationem conferre* traduit lourdement ce qu'un auteur classique eut exprimé par *unum ex sociis condemnare*; de même la formule *tam difficilis sit ut paene inpossibilis esse videatur* est, pour le moins, inélégante. Le texte, extrait du Livre II *ad edictum*, concernait sans doute dans sa forme première le rôle du juge lors du partage. Il devait déjà traiter des cas où le partage était difficile à opérer. Le remaniement, apporté par les Byzantins, eut pour objet de souligner ces difficultés, non d'apporter une solution nouvelle.

De même en est-il de l'adjonction byzantine à une constitution d'Alexandre Sévère, autorisant l'attribution à un seul des copartageants, ou même à un étranger, de biens impartageables (3).

Il n'est qu'un point sur lequel les juristes byzantins aient

(1) (2 *ad ed.*), D. 10, 2, *F. E.*, 55 : *Si familiae erciscundae vel communi dividundo judicium agatur et divisio* [*tam difficilis sit, ut paene inpossibilis esse videatur*], *potest judex* [*in unius personam totam condemnationem conferre*] *et adjudicare* [*omnes res*].

(2) Berger, *Teilungsklagen*, p. 99, n. 4; Albertario, *B. Ist. D. R.*, t. XXXI (1921), p. 15, n. 1; Beseler, *Z. S. St.*, t. XLVI (1926), p. 272.

(3) C. J., 3, 37, *C. D.*, 3, 1. L'interpolation a été démontrée par M. Albertario (*B. Ist. D. R.*, t. XXXI (1921), p. 15). Son style impersonnel tranche avec celui employé précédemment (*inter te et fratrem tuum; communia tibi et illi; tibi communia sunt; petere debes*) et prouve qu'il ne reproduit pas le rescrit primitif. Le § 1 traite d'un point qui n'était pas envisagé dans la question à laquelle répond le *pr.* du rescrit, relatif à la composition de la masse indivise.

peut-être introduit une innovation (1). C'est dans l'hostilité qu'ils marquent au partage des *agri vectigales*, fondus sous Justinien avec les fonds emphytéotiques. La raison en est donnée par l'interpolation d'un texte d'Ulpien (2). Le jurisconsulte se demandait si l'on pouvait intenter l'action en partage à propos de l'*ager vectigalis*. Sans discuter la question, le texte actuel déclare qu'il vaut mieux s'abstenir d'un partage de ce genre, sinon le service du loyer serait trop difficile. Les Basiliques (3) précisent que l'on aurait peine à fixer la part de redevance due par chacun des adjudicataires. La même préoccupation fit insérer dans la phrase suivante, relative au partage d'un fonds, la restriction *fundum* [*non vectigalem*] (4).

Un rapprochement entre le partage et la vente, qui s'exprime dans une constitution de Caracalla (5), fit introduire certaines innovations dans la garantie d'éviction. Il conduisait à admettre pour le partage, quel qu'en fût le mode de réalisation, les mêmes règles que pour la vente, et par conséquent à étendre au partage judiciaire les principes déjà admis pour le partage conventionnel. C'est cet état de droit que traduisent deux constitutions interpolées de Dioclétien et Maximien.

Au cas de partage conventionnel (6), la garantie est tou-

(1) Il faut ajouter que Constantin avait interdit la séparation des familles serviles (C. Th., 2, 25, *C. D.*, 1) et que Justinien étendit cette disposition aux colons (C. J., 3, 38, *comm. utriusq.*, 11).

(2) (20 *ad ed.*), D. 10, 3, *C. D.*, 7, *pr.* : *...vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum* : [*magis autem debet judex abstinere hujusmodi divisione : alioquin praestatio vectigalis confundetur*]. L'interpolation a été démontrée par M. Berger, *Teilungsklagen*, p. 30-31.

(3) 12, 2, 7 et sc. καὶ ἐπὶ εμφυτευτικῷ (Heimbach, t. I, p. 798-799).

(4) Ulpien (20 *ad ed.*), D., *h. t.*, 7, 1.

(5) C. J., 3, 38, *comm. utriusq.*, 1. Cf. Frezza, *Actio C. D.*, *Riv. it. Sc. giur.*, t. VII (1932), p. 23.

(6) C. J., 3, 38, *comm. utriusq.*, 7. L'interpolation des termes *quanti interest praescriptis verbis* a été démontrée par MM. Beseler (*Beiträge*, II, p. 167) et de Francisci (*Sunallagma*, t. I, p. 162). Cf. également Tauben-

jours due, dès lors que la victime de l'éviction en ignorait la menace lors du partage. Le recours sera intenté « *ex stipulatu, si intercessit, alioquin quanti interest praescriptis verbis* ». Le système est donc identique à celui de l'éviction dans la vente : action *ex stipulatu*, s'il y a une stipulation expresse (1), action du contrat (*empti* ou *praescriptis verbis*, qui est venue remplacer l'ancien moyen prétorien) au cas contraire (2). Mais, si le copartageant connaissait dès le partage la menace d'éviction, il n'aura de recours qu'en vertu d'une promesse formelle de garantie.

Si le partage est opéré par le juge (3), celui-ci continue à pouvoir imposer des *cautiones de evictione*. Mais, désormais, en l'absence de toute clause, les copartageants sont tenus de l'éviction. Ici encore, c'est par l'action *praescriptis verbis*, dont l'interpolation est certaine (4), que le recours sera exercé. Ainsi se trouvait opérée l'unification des règles relatives à l'éviction, peut-être déjà amorcée par la constitution de Dioclétien (C. J., 3, 36, 14) dans sa forme pure (5). Désormais, le copartageant évincé aura toujours un recours, que le partage ait été conventionnel ou judiciaire, qu'une garantie expresse ait été ou non stipulée.

schlag, *Römisch. Privatrecht zur Zeit Diocletian's* (*Bull. Ac. polonaise des Sc. et Lett.*, clas. de philologie, 1921-1924), p. 192, n. 4. Pour les Byzantins (sc. ὀφείλει, Basiliques, 42, 3, 70 : Heimbach, t. IV, p. 284) l'action *praescriptis verbis* est justifiée par le caractère de συνάλλαγμα que présente le partage.

(1) Toutefois, dans la vente, celle-ci finit par être sous-entendue (Girard, *Manuel*, p. 594[1].

(2) Les mêmes principes furent également étendus à l'époque byzantine à la transaction : C. J., 2, 4, *de trans.*, 33, 1 (Girard, *Manuel*, p. 634; Kamphuisen, *op. cit.*, *R. H. D.*, 1927, p. 621).

(3) C. J., 3, 36, *F. E.*, 14 : *Si familiae erciscundae judicio... nihil super evictione rerum... specialiter inter vos convenit, id est ut unusquisque eventum rei suscipiat, recte possessionis evictae detrimentum fratrem tuum... pro parte agnoscere praeses provinciae per actionem praescriptis verbis compellet.*

(4) Kniep, *Praescriptio und Pactum*, p. 90; de Francisci, *Sunallagma*, t. I, p. 160-161; Krüger, *C. J.*

(5) *Supra*, p. 406, n. 4.

Enfin, il faut signaler la fréquence des transactions accompagnant le partage et dans lesquelles on s'engage à renoncer à toute prétention sur des biens qui auraient été omis. Cette pratique nous est indiquée par une scolie des Basiliques d'après laquelle les copartageants faisaient, par une stipulation aquilienne, novation de tous leurs droits, puis éteignaient par acceptilation la créance ainsi formée (1).

(1) Basiliques, 11, 1, 35 (Heimbach, t. I, p. 621), sc. ἐάν διέλωμα. Cf. la formule que Justinien donne de cette stipulation : I. J., 3, 29, *quib. mod. obl.*, 2.

CONCLUSION

L'indivision s'est d'abord présentée à nous comme un groupement familial, où les liens de parenté et l'habitude, prise sous la direction du *pater*, de vivre en commun, facilitaient l'entente nécessaire à la gestion des biens. Cette indivision successorale restera pendant le cours du droit romain la manifestation la plus importante de la situation que nous étudions. C'est à elle que se rapporte la majorité des décisions des jurisconsultes ou des constitutions impériales. Mais le développement des relations juridiques et la reconnaissance de droits ou de situations nouvelles suscitèrent l'apparition d'indivisions étrangères aux relations familiales. Les solutions anciennes ne pouvaient convenir pour régler les rapports d'étrangers, prétendant exercer librement leur droit sur le bien indivis. Elles s'appliquaient d'ailleurs moins facilement aux indivisions familiales elles-mêmes, dont la cohésion était battue en brèche par l'extension du domaine et l'indépendance de ses maîtres. Ces modifications rendirent nécessaire un long travail de jurisprudence pour reconnaître juridiquement les nouvelles formes d'indivision et pour réorganiser, en fonction des besoins nouveaux, le mode de gestion des biens communs. Le premier résultat fut obtenu, dès le droit classique, et en partie sous l'influence de Julien. Pour le second, au contraire, les difficultés furent beaucoup plus grandes. Les solutions adoptées par le droit classique furent souvent dictées par des tendances individualistes. On ne saurait toutefois les ramener à un principe directeur unique. L'indivision sous ce rapport peut

passer pour une situation inorganique. Le droit du Bas-Empire conserva dans l'ensemble les résultats lentement acquis à l'époque précédente. Parfois même il favorisa l'indépendance des indivisaires. Mais sa tendance propre fut, au contraire, d'organiser l'indivision en une masse distincte de biens, ayant ses intérêts propres. L'exercice des actions en partage au cours même du régime indivis rendit plus fréquente l'intervention du juge, chargé désormais de régler les conflits de gestions. La majorité fut parfois autorisée à décider au nom de tous, ébauchant une représentation des intérêts collectifs jusqu'alors ignorée.

Ces solutions, parfois contradictoires, peuvent laisser sceptique sur l'existence d'une notion théorique de l'indivision en droit romain. Volontairement, nous nous sommes abstenu, au cours de ce travail, d'examiner cette question, n'y faisant que par incidence de brèves allusions. Les doctrines sur ce point sont multiples et il ne servirait à rien d'en reprendre ici l'examen (1). Tantôt l'indivision est considérée comme le concours de droits partiels sur l'ensemble de la chose (Scheurl, Segré), tantôt c'est l'exercice simultané de droits totaux, limités seulement par leurs concours réciproques (Scialoja, Riccobono, et avec quelques modifications Ferrini) (2). Pour

(1) La question, agitée surtout chez nos anciens auteurs (par ex. Doneau, *De jure civili*, L. IX, ch. XI (t. II, col. 1231 sq.), qui en traite parmi les limites au droit de propriété (*imminutio juris dominii*) et y voit une entrave (*impedimentum*) à ce droit), a fait l'objet des controverses pandectistes allemandes (Steinlechner, *Das Wesen der juris communio*, 2 vol., 1876-1878) et a été particulièrement étudiée par M. Segré, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano* (*Riv. it. Sc. giur.*, t. VI (1888), p. 353-409 ; VIII (1889), p. 145-225 ; 329-389. Cf. également, *La comproprietà, Corso*, 1930-1931, p. 5-52. Un bon résumé des thèses en présence a été donné par Bonfante, *Il regime positivo e le construzioni teoriche nel condominio* (*B. Ist. D. R.*, t. XXV (1912), p. 196-220 = *Scr. giur.*, t. III, p. 454-484). Scialoja a exposé sa conception dans le tome I de sa *Teoria della proprietà*, p. 425-451.

(2) Cette théorie, que l'on présente souvent comme italienne, avait déjà été formulée par Hervé, *Traité des matières censuelles et féodales*, t. III, § VI, du quint, ch. 2, 7° : « Si le défunt a laissé quatre héritiers du même degré et aux mêmes biens, chacun d'eux est saisi dans la succession de

d'autres (Windscheid, Steinlechner), le droit sur la chose est unique, et ne peut être exercé que du consentement de tous. Cette conception du droit unique conduit insensiblement à celle d'une collectivité des indivisaires, titulaire du droit, à laquelle on refuse (Seeler, Diez, Manenti) ou l'on accorde (Voigt, Carnelutti) la personnalité juridique. Enfin, on déclare parfois (Perozzi) que l'indivision ne peut se ramener à une forme particulière des autres droits réels, mais consiste essentiellement dans un rapport d'obligations. De même, la notion de divisibilité a fait, surtout chez les auteurs de l'ancien droit (1), l'objet de discussions subtiles, reprises par les Pandectistes allemands. L'indivisibilité physique ou intellectuelle, la *divisio pro diviso* ou *pro indiviso* prennent, selon les auteurs, des acceptions diverses, où les textes romains ne fournissent qu'une base incertaine.

En effet, si ces constructions offrent, *a posteriori*, une explication plus ou moins satisfaisante des solutions romaines, elles ne peuvent trouver un appui solide dans les textes. Elles présentaient un intérêt incontestable, tant que le droit romain fut la base législative sur laquelle les juristes devaient construire. Elles conservent encore aujourd'hui un intérêt doctrinal, mais on ne saurait les faire figurer dans des recherches d'ordre historique.

La seule solution des sources romaines est une opinion de Celse, reproduite plusieurs fois par les jurisconsultes classiques :

« *Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse : nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere* » (2).

l'universalité de ces biens... Si trois d'entre eux renoncent, un seul aura la totalité, mais il n'acquerra rien de nouveau, il conservera seulement ce qu'il avait ». Cf. également, Henrion de Pansey, dans Guyot, *Répertoire*, v° *Licitation*.

(1) Par ex., Bartole, *ad L.* 72, *de v. o.* (D. 45, 1); Dumoulin, *Tract. de divid. et individ.*, Venet., 1576.

(2) Ulpien (28 *ad ed.*), D. 13, 6, *comm. vel contra*, 5, 15. On a contesté le caractère classique des termes de cette formule (cf. *Index interp.*), mais

Elle souligne la double impossibilité créée par la pluralité des titulaires et l'unité du bien : tous ne peuvent exercer pour le tout leur maîtrise sur le bien commun, et celui-ci n'étant pas partagé, on ne saurait concevoir cet exercice limité à une *pars*. La conciliation est fournie par cette formule peu claire : chacun a le *dominium* de l'ensemble, mais seulement pour une part indivise. Ulpien en donne une explication lorsqu'il définit les droits des copropriétaires sur l'esclave commun. Celui-ci, dit-il, « *sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore* » (1).

L'absence de division matérielle empêche de cantonner le droit de chacun sur une partie de l'esclave. Si la pluralité des titulaires impose une restriction à leur droit, ce n'est que par une opération de l'esprit qu'on peut les dire propriétaires d'une part.

Ce caractère fortuit de la limitation du droit de chacun est particulièrement mis en relief par la formule célèbre, fréquente dans les textes classiques, surtout en matière de pluralité de légataires : *Concursu partes habebunt* (2). Le droit de l'indivisaire est identique à celui qu'aurait son titulaire exclusif. La *pars* ne fait qu'exprimer la restriction que lui

le principe est confirmé par d'autres textes : Julien (49 *Dig.*), D. 43, 26, *de prec.*, 19, *pr.*, et Paul (54 *ad ed.*), D. 41, 2, *de adq. vel amit.*, 3, 5, le répètent pour la possession; Tryphoninus (18 *Disp.*), D. 49, 17, *de cast. pec.*, 19, 3, pour la propriété. Cf. Paul (54 *ad ed.*), D. 50, 17, *de div. reg.*, 141, 1, à propos des cohéritiers. L'insistance à formuler la règle en termes négatifs : *duorum in solidum dominium esse non potest*, ne traduit-elle pas la volonté d'écarter le régime ancien du *consortium* où plusieurs exerçaient concurremment le *dominium* intégral sur toute la chose?

(1) (48 *ad Sab.*), D. 45, 3, *de stip. serv.*, 5; Papinien (17 *Quaest.*), D. 31, *de leg.*, 66, 2, *i. f.*

(2) Celse (35 *Dig.*), D. 32, *de leg.*, 80; Celse et Julien dans Ulpien (17 *ad Sab.*), D. 7, 2, *de usuf.*, 1, 3 (cf. F. V., 77); Julien dans Ulpien (21 *ad Sab.*), D. 30, *de leg.*, 34, 10; Ulpien (53 *ad ed.*), D. 39, 2, *de dam. inf.*, 15, 18; *Reg.*, 24, 12.

Il résulte également de la décision d'Ulpien (12 *ad ed.*), D. 6, 1, *de rei vind.*, 8 (peut-être interpolée, cf. *Index interp.*).

impose l'exercice concurrent du droit des autres. Cette restriction ne semble pas atteindre la nature même du droit, puisque, conséquence nécessaire mais forfuite de la pluralité des titulaires, elle disparaît avec elle, laissant le droit reprendre toute sa vigueur (1).

Mais on ne saurait, sans dépasser les enseignements des textes, préciser davantage la nature de cette *pars*, c'est-à-dire la nature même du droit indivis. C'est dans cet effort de construction plus poussée que les interprètes ont divergé d'opinion, n'étant plus guidés par une solution ferme. Il paraît en effet peu probable que les jurisconsultes classiques aient poussé l'analyse au delà de ces observations assez superficielles. Paul rapporte une controverse qui séparait déjà Q. Mucius Scaevola et Servius sur le sens du mot *pars*. Tandis que le premier n'entendait par là que la *res pro indiviso*, le second soutenait qu'il pouvait également s'appliquer à la *res pro diviso* (2). Cette controverse purement dogmatique ne paraît pas avoir progressé au cours de la période classique (3). Ce n'est pas l'analyse théorique d'un concept d'indivision qui permit aux jurisconsultes d'en organiser le régime. Négligeant quelque peu ce problème, ils s'efforcèrent par l'étude particulière de chaque espèce litigieuse d'aboutir au résultat le plus satisfaisant. Il serait vain de chercher dans les textes une théorie à laquelle ils restèrent étrangers.

(1) *Infra*, n. 2. Il est à peine besoin de dire que les textes romains ne permettent pas de considérer l'indivision comme une personne juridique. Ils ne parlent jamais d'une propriété d'un *corpus*, comme le fait, par exemple, Ulpien à propos de l'esclave d'une cité, D. 48, 18, 1, 7.

(2) (21 *ad ed.*), D. 50, 16, *de v. s.*, 25, 1. Cf. une discussion du même ordre, rapportée par Paul (1 *ad Sab.*), D. 30, *de leg.*, 5, 1, entre Labéon et Cassius sur l'étendue du droit sur une *res communis*. Ce texte est particulièrement intéressant, en ce qu'il montre bien que le droit du copropriétaire n'est pas d'une nature différente de celui du propriétaire exclusif. La discussion qu'il rapporte implique que le copropriétaire est un *propriétaire*. Cf. D. 23, 2, *de ritu nup.*, 46; 50, 16, *de v. s.*, 239, 9.

(3) La *pars*, que certains textes tiennent pour une limitation intellectuelle du droit, est cependant plus qu'un simple rapport algébrique. On peut en disposer, ce qui atteste sa réalité.

On comprend cependant l'intérêt que portèrent nos anciens auteurs à conserver les solutions transmises par les textes romains. L'indivision, au cours du Moyen âge, s'était surtout présentée sous la forme très particulière des communautés familiales, communautés taisibles et communautés continuées. Ce sont ces « compaignies d'eritages » que décrit Beaumanoir (1), ou ces larges groupements de paysans, vivant sous la direction d'un maître élu, dont Guy Coquille parle encore pour le Nivernais, et dont on citait un dernier exemple au siècle passé (2). Ces pratiques pouvaient revêtir d'ailleurs des formes diverses (3). Le groupement ne se limitait pas toujours aux parents. Parfois des étrangers y participaient. Cependant, en toute occurrence, il supposait des liens étroits entre ses membres, et c'étaient des traditions familiales qui devaient présider à son organisation.

Mais par une évolution, qui n'est pas sans rappeler celle du droit romain, ces groupements familiaux perdirent peu à peu leur cohésion première. Ils sont, dans la région parisienne, en décadence dès le XIV^e^ siècle, et le Grand Coutumier porte la trace de cette régression (4). Les coutumes rédigées s'y intéresseront peu, et s'abstiendront souvent d'en réglementer le régime (5).

(1) Éd. Salmon, ch. 22 (n^os^ 656-669); cf. également, n° 625, communauté taisible; n^os^ 628 sq., communauté continuée.

(2) *Commentaire sur la Coutume de Nivernais*, chap. 6, des Bordelages, art. 18; chap. 22, art. 5; 58^e^ *Quest. sur les coutumes*. Cf. Dupin, *Cout. de Nivernais*, annexe II, § 1^er^, p. 472-483.

(3) Elles sont surtout fréquentes dans les censives, mais les préoccupations auxquelles répond le parage pour les fiefs ne sont pas d'un ordre absolument différent. Sur la forme spéciale de ces groupements en droit provençal : Aubenas, *Le contrat d'affrairamentum dans le droit provençal du Moyen âge* (*R. H. D.*, 1933, p. 478-524).

(4) Olivier-Martin, *Hist. de la cout. de Paris*, t. II, 1, p. 143, 177.

(5) Seules, des coutumes du centre le font avec quelques détails (Berry, VIII, 20-23; Nivernais, ch. 22; Bourbonnais, ch. 22, art. 267-280; Marche, ch. 28, *de communauté entre consors*, art. 347); cf. également : Coutumes du Bassigny, art. 69-71; de Sens, art. 230-232; du bailliage d'Auxerre, art. 201-203; Coutumes locales de Mont-de-Marsan : *De société commune et division*. Quant aux autres coutumes, qui ne sont pas muettes sur la question, elles

Dès lors, nos juristes de l'Ancien Régime se trouvèrent en présence d'une difficulté analogue à celle qu'avaient éprouvée les jurisconsultes classiques. Ne pouvant appliquer les règles anciennes, privés de solutions coutumières, ils firent appel au droit romain, dans lequel souvent ils pensaient trouver les solutions les meilleures.

Domat, traitant « De ceux qui se trouvent avoir quelque chose de commun ensemble sans convention », suit exactement les textes du Digeste, qu'il se contente parfois de traduire (1). Chez Lebrun la transposition apparaît très nettement. Son *Traité des communautés ou sociétés tacites* est consacré à la vieille institution coutumière des communautés taisibles. Mais il introduit les solutions romaines sur des points où le droit français restait insuffisant. Avec le texte byzantin (D. 10, 2, 25, 16) il fixe la responsabilité de chacun à la diligence qu'il mettrait à ses propres affaires (chap. IX, n° 8). Ou bien, reprenant la finale ajoutée à une constitution de 213 (C. J., 3, 37, 1, 1), il interdit l'aliénation de sa part après la *litis contestatio* (*eod.*, n° 11). Son traité mêle d'ailleurs d'une façon assez confuse les règles coutumières et les principes romains, le régime de l'indivision et celui de la société. Pothier, au contraire, sépare la société du « quasi-contrat de société », étudié dans un appendice au *Traité du contrat de société*. Ici encore l'emprunt aux principes romains est fréquent, tant pour fixer la responsabilité (de façon inexacte

ne font que signaler ces groupements, à propos de la communauté entre époux ou, plus rarement, de la société : par ex. Coutumes de Laon, ch. V, art. 39-40; Vermandois, art. 245-246; Clermont en Beauvoisis, art. 192; Sedan, art. 82; Orléans, A. C., art. 180, N. C., art. 213-215; Angoumois, art. 41; Saintonge, art. 58; Limoges, art. 43. L'A. C. du Perche avait une rubrique *de communitez*, art. 1-3, qui disparaîtra dans les coutumes du Grand Perche de 1558. Les *consuetudines Tolosae, III^a Pars, de rerum communium divisione*, conservent quelque souvenir des formules romaines.

(1) *L. civiles*, L. II, t. V; le paragraphe sur la responsabilité (Sect. II, § 2) et ceux sur le *jus prohibendi* (*eod.*, §§ 6-10) reproduisent les termes du D. 10, 2, 25, 16 et D. 10, 3, 28. Celui sur la lésion (§ 14) ajoute à la const. 3 (C. J., 3, 38) l'existence d'une « lésion du tiers au quart ».

par suite de la « théorie des trois fautes ») que pour déterminer les droits de chacun dans la gestion du bien commun (1).

On a parfois reproché à nos anciens auteurs cette résurrection des règles romaines, qu'ils nous ont transmises alors qu'elles méritaient un oubli total. On a opposé au régime « anarchique » de l'indivision romaine des principes d'organisation collective qu'offriraient les traditions germaniques de la *Miteigentum zur gesammten Hand*, « aussi simple, aussi franche que l'indivision romaine est complexe et confuse » (2). Il n'est pas de notre domaine d'insister sur les particularités de cette forme de propriété collective. Sans conférer la personnalité juridique au groupement, elle implique cependant plus de cohésion que la *communio* romaine. Elle ignore la notion de quote-part indivise, et exige le concours de tous aux actes de disposition. Mais la notion germanique reste vague et incertaine. Les interprètes la décrivent de façons divergentes. Il est d'ailleurs remarquable que ni le *B. G. B.*, ni le Code civil suisse ne l'aient consacrée de façon exclusive. Le *B. G. B.*, en particulier, reconnaît la *Miteigentum nach Bruchteilen* (§§ 741 et 1008), qui rappelle d'assez près l'indivision romaine (3).

L'opposition entre les deux systèmes n'apparaît donc pas aussi tranchée qu'il pourrait sembler tout d'abord. Pour nous limiter au domaine qui est le nôtre, l'indivision romaine ne saurait se ramener à une formule schématique. Elle fut à l'origine fortement inspirée d'idées communautaires, sans toutefois requérir le concours de tous à l'accomplissement des actes, comme la *Gesammte Hand*. Elle fit par la suite de larges concessions à l'individualisme, mais au Bas-Empire l'idée d'une masse de biens pourvue d'intérêts propres reprend

(1) *Société*, n° 190; 185, qui renvoie au *Traité de la société*, chap. V, où sont exposées les règles romaines de l'indivision.

(2) Josserand, *Essai sur la propriété collective* (*Livre du Centenaire du C. civ.*, t. I, p. 357-379), p. 375.

(3) Cf., pour plus de détails sur ces questions, Siesse, *La communauté d'héritiers en droit comparé*, Th. Paris, 1922, p. 101.

quelque importance. Ces contradictions apparentes trouvent leur explication lorsqu'on les replace dans leur milieu historique et juridique, lorsque l'on recherche les raisons qui ont conduit les jurisconsultes classiques à préférer telle ou telle solution. Mieux qu'aucune autre institution, l'indivision permet de suivre leur travail d'organisation juridique d'une situation fortuite et de vérifier l'exactitude de cette remarque d'Ihering : « Jamais... ils ne se contentent exclusivement des intérêts de la science. Toujours ils ont en vue le but, la destination pratique des règles et des principes qu'ils manient ».

Vu : Strasbourg, le 20 juillet 1934.

Le Président de thèse :
J. DUQUESNE.

Vu : Strasbourg, le 20 juillet 1934.

Le Doyen de la Faculté :
J. DUQUESNE.

Vu et permis d'imprimer :

Strasbourg, le 20 juillet 1934.

Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
J. DRESCH.

TABLE DES TEXTES (1)

Agathias, *Hist.*, *V*, 3 : 422, 4.

Ammien Marcellin, *Hist.*, 31, 14 : 423, n.

Aristote, *Const. d'Athènes*, 56, 6 : 9, 3.

Aulu-Gelle, *Nuits att.*, **1**, 9, 12 : 11, 2, 13, 2. — 20, 1 : 276, 1.

Basiliques, **11**, **1**, 7, *pr.* : 452, 3. — 35 : 413, 3. 499, 1.
12, **1**, 2, 1 : 452. — 31 : 453, 1. — 50 : 57, 2. 72, 3. — 35 : 101, 1. — 57 : 97-98. — 61 : 64, 4. 97, 4 et 6. 99, 3. 101, 4. 103, n.
12, **2**, 1 : 39, 2. 76, 1. 446, 2. — 7 : 147, 2. 193, 1 et 3, 435, n. 497, 3. — 19, 2 : 170, 3. 171, 2. — 28 : 340, 1. 341, 4. — 58, 2 et 5 : 341, 4.
16, **1**, 13 : 318, n.
23, **1**, 9 : 472, 3.
42, **3**, 22 : 445, 4. — 25 : 492, n. — 42 : 341, 3. — 70 : 498, n.
43, **1**, 69 : 474, 1.
43, **3**, 48 : 438, n.

Caton, *de re rust.*, 137 : 33, 1. — 144 : 40, 2.

Cicéron, *ad Att.*, 7, 2, 3 : 119, 4.
ad fam., 7, 12, 2 : 38, 4. — 7, 22 : 47, 5. — 13, 2 : 93, 2.
ad Q. frat., 2, 3, 7 : 93, 2.
de Leg., 1, 21, 55 : 305, 5. — 2, 12, 29 : 304, 3.
de Nat. Deor., 3, 30, 74 : 307, 1.
de Off., 2, 7, 24 : 3, 1. — 3, 16, 66 : 306, 2 et 4. — 3, 17, 70 : 306, 2 et 4. 307, 1. — 17, 55 : 381, 2.
de Rep., 1, 41 : 3, 1.
in Verr., 3, 57 : 12, 2. 17, 2. — 3, 155 : 12, 2.
pro Caec., 6, 17 : 119, 4. — 7, 19 : 305, 2.
pro Flacco, 15, 35 : 12, 2.
pro Murena, 12, 27 : 304, 4.
pro P. Quinctio, 3, 11 : 46, 1. — 12 : 46, 3. — 13 : 46, 4.
4, 15 : 46, 5 et 6.
6, 23 : 46, 5.
11, 38 : 46, 2. — 37-39 : 46, 6.
16, 52 : 47, 1.
24, 76 : 15, 3. 47, 2. 64, 4.
pro Roscio Com., 4, 10-12 : 305, 1 et 5. — 6, 16 : 63, 2. — 11, 32 : 231, 2. 244, 6. — 12, 35 : 231, 7. — 18, 55 : 47, 4. 72, 2. 242, 2.
Top., 4, 22 : 92, 3. — 4, 24 : 92, 2. — 6, 29 : 47, 5. — 8, 37 : 47, 5. — 17, 66 : 306, 4.

Code Grégorien, 3, 4, 3 : 414, n. — 4 : 413, 4. 487, 2.

Code de Justinien, **1**, 3, 19, *pr.* : 114, 1.
2, 3, 26 : 197, n. — 4, 33, 1 : 498, 2. — 6, 6, 4 : 304, 2. — 12, 23 : 304, 2. — 18, 3 : 284, 3. 370, 1. — 18, 19 : 231, 6.
3, 28, 27 : 124, 3. — 28, 35, 1 : 304, 2. — 29, 7 : 425, 3. — 29, 8, *pr.* : 425, 3. — 30 : 425, 3. — 31, 12, 3 : 486, 3.
3, 36, 3 : 353, 2. — 6 : 196, 1. — 9 : 486, 5. — 14 : 406, 4. 498, 3. — 17 : 383, 3. — 18, 1 : 370, 1. — 19 : 349, 3. 353, 2. — 20 : 226, 4. 229, 2. 231, 6. 358. — 26, *pr.* : 427. 494, 2.
3, 37, 1 : 392, 7. — 1, *pr.* : 384, 2. — 1, 1 : 242, 6. 360, 2. 506. — 2 : 244, 2. — 2, 1 : 182, 2. 343, 5. — 3, *pr.* : 242, 6. 384, 2. — 3, 1 : 496, 3. — 4, 2 : 316, n. 335, 1. 490, 1. — 5 : 375.

(1) Le premier chiffre renvoie à la page, le second à la note.

3, 38, 1 : 497, 5. — **2** : 417, 1. — 3 : 416, 3. 487, 2. 506, 1. — 7 : 228, 3. 409, n. 497, 6. — 11 : 467, 3. 497, 1.
3, 39, 5 : 304, 2. — 40, 1 : 467, 2. — 40, 2 : 467, 4.
4, 18, 3 : 476, 4. — 27, 2 : 237, 5. 461-462. — 38, 14 : 478, 3. — 44, 2 : 415, 2. — 49, 8 : 242, 7. — 52, 1 : 225, 2. 357, 2. — 52, 2 : 225, 2 et 3. — 52, 3 : 242, 7. 477, 3.
5, 12, 16 : 243, 1. — 23, 2 : 375, 3. — 71, 17 : 375, 3.
6, 2 ; 22, 4 b : 304, 2. — 20, 8 : 392, 2. 414, n. — 21, 2 : 116, n. 120, 2. — 23, 21, 3 : 429, 4. 494, 2. — 43, 1 : 426, 1. — 51, 1, 11 : 426, 5. — 59, 11, *pr.* : 114, 2.
7, 6 : 250, 1. — 7, 1-1a : 248, 2. 275-277. 455. — 7, 2 : 457-458. — 31, 1-2 : 185, 5. — 37, 2-3 : 226, 1. — 40, 1, 1 : 449, n.
8, 10, 4 : 268, 1. — 10, 11-13 : 422, 3. — 20, 1 : 244, 3. — 31, 1-2 : 185, 5. — 35, 1 : 197, n. — 53, 34 : 424. — 53, 36, 3 : 423, 1.
10, 3, 5 : 226, 1. — 4, 1, *pr.* : 225, 4. 481, 2. — 5, 1 : 226, 1. — 14, 1 : 423, n.

Code Théodosien, **2**, 5, 1 : 114, 2. 467, 1. — 5, 2 : 114, 2. 467, 2. — 12, 2 : 467, 4. — 19, 1 : 124, 3. — 21, 1 : 425, 3. — 24, 1 : 391, 2. 427-431. 494, 2. — 24, 2 : 429, 3. — 25, 1 : 467, 3. 497, 1.
3, 1, 6 : 114, 2. 477, 4. 478, 3.
5, 16, 34 : 114, 2.
8, 18, 1 et 7 : 114, 2.
10, 14, 1 et 2 : 423, n. — 17, 1 : 226, 1.

Collatio mosaic. et rom. leg., 10, 2, 1 : 352, 4. — 12, 7, 8 : 266, 1. 331, 2. — 16, 4, 1 : 4, 1.

Consultatio cujusd. vet. jurisc., II, 6 : 413, 4. 416, 1. 487, 2. — II, 7 : 414, n. 416, 1. — III, 12 : 467, 4.

Corpus insc. Lat., III, 937, n° 6 ; 940, n° 7 : 225, 1. — 944, n° 8 : 107. — 959, n° 25 : 225, 1.
V, 843 : 381, 5. — 1585 : 178, 2. — 7454 : 381, 5. — 8379 : 381, 4.
VI, 10.229 (*Test. Dasumii*) : 119, 6. 208, 2. 230, 2. 231. 232, 1. 246, 1. — 10.230 (*Laud. Murdiae*) : 111, 7. — 10.238 : 381, 3. — 10.239 (*Don. Syntr.*) : 108, 2. 208, 1. 229-230. 390. — 10.241 : 381, 3. — 15.056 et 15.840 : 381, 5. — 17.915 : 381, 4. — 27.940 : 381, 5.
IX, 2827 : 382, 3. — 4225 : 95, 1.
X, 1783 : 178, 2. — 3157 : 382, 3. — 3158 : 95, 1. 382, 3. — 10.231 : 228, 2.

Denys d'Halycarnasse, *Ant. rom.*, 10, 32 : 90, 2.

Digeste, **1**, **2**, 2, 38 : 276, 1. — 2, 41 : 44, 1. — 2, 44 : 312, 2.
1, 3, 4 : 49, 4.
1, 4, 1, 1 : 116, n.
1, 7, 22 : 432, 5.
1, 8, 6, 4 : 266, 2. 464, n.
2, 1, 11, 2 : 299, 1. 301, 4. 302, 2.
2, 8, 15, 1 : 176, 3.
2, **11**, 9, 1 : 476, 3.
2, **14**, 7, 19 : 483, 2. — 8 : 483, 4. — 35 : 385, 3. 413. 416, 1. — 45 : 385, 4. 494, 1.
3, **3**, 8, 1 : 340, 4. — 15, 1 : 300, 3.
3, 5, 26, *pr.* : 113, 2. 373, 1. — 30, 7 : 166, 1. 279, 1. 370, 1. — 39 : 256, 3. 257, 4. 370, 2. 371, 3.
4, 2, 18 : 357, 4.
4, 7, 12 : 38, 5.
4, 9, 6, 1 : 73, 1. 325, 1.
5, 1, 13 : 301, 1. — 14 : 61, 2. 301, 2.
5, 2, 15, 2 : 115, 1. 124, 2. — 16, *pr.* : 124, 1. — 24 : 124, 3. — 25, 1 : 124, 1.
5, 3, 16, 1 et 5 : 357, 4. — 20, 6 b : 357, 4. — 25, 15 : 182, 1. — 25, 19 : 362, 1.
5, **4**, 3 : 182, 1. — 7 : 311, 1. 358, 2. — 9 : 182, 1.
6, **1**, 3, 2 : 83, 3. 251, 2. 310, 4. — 4 : 251, 2. 311, n. — 5, *pr.* : 84, 1. 311, n. — 5, 1 : 83, 2. 84, 1. — 8 : 503, 2. — 43 : 380, 3. — 55 : 252, 1. — 76, 1 : 311, n.
6, **2**, 7, 7 : 148, 5. — 13, 1 : 143, 1. 151, 2.
6, **3**, 1, 1 : 176, 2.
7, **1**, 6, 1 : 392, 6. — 13, 3 : 158, 2. 321, 2. — 25, 6 : 238, 3. — 34, *pr.* : 209, 1.
7, **2**, 1, 3 : 503, 2.
7, **6**, 5, 2 : 243, 3.
7, **8**, 14, 2 : 159, 2. 173, 2. — 14, 3 : 173, 2. — 19 : 173, 5. — 21 : 173, 1. — 22, *pr.* : 173, 3.
7, **9**, 10 : 158, n.
8, **1**, 2 : 217, 1. — 8, 1 : 217, 1. 332, 2. — 11 : 217, 1. — 17 : 281, 1 et 2.
8, **2**, 5 : 340, 5. — 8 : 92, 6. 268, 2. — 13, *pr.* : 92, 6. 265, 5. 343, 11. — 13, 1 : 92, 6. 264, 3. 329, 3. — 14 : 88, 2. 93, 4. — 19, *pr.* : 92, 6. 265, 4. 343, 2 et 4. 346, 1. — 19, 2 : 92, 6. 265, 1. — 25, 1 : 92, 6. 269, 2. — 26 : 332, 2. 338. 341, 2. 376, 1. 439, 5. 480, 2. —

27, *pr.* : 347, 4. — 27, 1 : 339, 5. 341, 2. — 30, 1 : 332, 2. — 36 et 37 : 92, 6.
8, 3, 8 : 88, 2. — 11 : 217, 3. 219, 3. 476, n. — 13, 2 : 88, 2. — 19 : 217, 1. 232. — 23, 3 : 164, 1. — 27 : 332, 2. — 32 : 217, 1. — 33, *pr.* : 385, 2. — 34, *pr.* : 332, 2.
8, 4, 5 : 217, 1. — 6, 1 : 89, 1. 93, 1. 217, 1. 332, 2. — 6, 3 : 217, 1. — 15 : 166, 2. 219, 3. — 18 : 218-222.
8, 5, 4, 3 : 217, 1. 280, 1. 471. — 4, 4 : 280, 2. 471. — 6, 1 : 347, 3. — 6, 4 : 279, 2. — 11 : 332, 2. 341, 2. 344, 2. 347, 4. — 14, 1 : 92, 6. 347, n. — 19 : 166, 1. 468, 1.
8, 6, 6, 1 : 164, 1. 165, 1. 247, 2. — 1ª : 164, 2. — 16 : 165, 1. 166, 1. 215, 1. 247, 1.
9, 1, 14 : 289, 3.
9, 2, 11, 6 : 3, 2. — 19 et 20 : 262, 3. — 27, 1 : 324, 1. 327, 1. — 27, 2 : 289, 4. — 27, 10 : 92, 6. 266, 1. 324, 1. 331, 2. — 29, 1 : 347, 3.
9, 3, 1, 9 : 62, 2. — 1, 10 : 61, 6. 79, 2. 263, 3. — 3 et 4 : 61, 6. 263, 3. — 5, *pr.* : 79, 2.
9, 4, 5, *pr.* : 289, 3. — 6, 1 : 326, 2. — 8 : 289, 3. 321, 1. 325, 4. 441, 2. — 9 : 289, 3. — 10 : 289, 3. 324, 2. 326, 2. — 17, *pr.* : 289, 3. — 17, 1 : 326, 2. — 19, *pr.* : 321, 1. 356, 5. — 41 : 325, 4. 327, 3.
10, 1, 2, *pr.* : 86, 2. — 2, 1 : 306, 1. — 4, 7 : 332, 2. — 4, 10 : 86, 2. 92, 5. — 4, 11 : 85, 1. — 5 : 85, 1. — 10 : 300, 1. — 13 : 23, 5. 87, 3.
10, 2, 1, *pr.* : 22, 4. 26, 2. 37, 2. 115, 1. 310, 2. — 1 : 115, 1. 299, 2.
2, *pr.* : 115, 2. 126, 3. — 1 : 128, 1. 432, 2. — 2 : 117, n. 120, 1. — 3 : 300, 3. — 4 : 383, 1. — 5 : 136. 197, n. 199, 1. 395, 4.
3 : 199, 1. 396, 1 et 2.
4 : 139, 5. — *pr.* : 197, n. — 3 : 136.
5 : 229, 3. 481, 1.
6 : 139, 5.
8 : 139, 5. — *pr.* : 392, 4. — 1 : 139, 4.
9 : 136. 137, 2. 138, 1.
10 : 136. 139, 2. 148, 1. 175, 2. 176, 5.
11 : 356, 1.
12, *pr.* : 49, 1. 360, 4.
13 : 360, 2.
14 : 136. — 1 : 157, 2. 397, 1.
15 : 157, 2. 397, 1.
16, *pr.* : 162, 1. 400, 1. — 4 : 316, n. 352, 1. 359, 6. 490, 1. — 5 : 321, 1. 324, 1. 325, 1. 350, 3. — 6 : 81, 2. 312, 3. 321, 1.
17 : 324, 1.
18, 1 : 311, 2. — 2 : 321, 2. 442, 3. 444. — 3 : 443, 1. — 4 : 49, 4. 321, 1. 443, 1. — 5 : 355, 2. — 6 : 260, 1. 372, 2. — 7 : 284, 3.
19 : 400, 1.
20, *pr.* : 305, 2. 392, 2. — 1-2 : 395, 1. — 3 : 385, 2. 390. — 4 : 81, 1. — 5-8 : 395, 1.
22, *pr.* : 356, 3. — 1 : 392, 5. — 4 : 309, 2. 317, n. 445. — 5 : 367, 3.
23 : 367, 3.
24, *pr.* : 322, 1. — 1 : 127, 2. 131. 132, 2. 318, n. 431, 2.
25, 1 : 117, n. 120, 2. — 2 : 299, 2. — 3-5 : 380, 1. — 7 : 80, 3. — 9 : 164, 3. 197, n. 203, 4. 281, 2. 473, 4. — 10 : 203, 4. 281, 1. 351, 3. 400, 1. 473, 2. — 12 : 205, 6. 351, 3. 400, 1. — 13 : 197, n. 284, 2. 351, 3. 400, 1. — 13-15 : 199, 2. — 14 : 284, 3. 351, 3. — 15 : 260, 1. 262. 289, 3. 316, n. 368, 4. 371, 2. 372, 1. — 16 : 44, 3. 63, 2. 67. 368, 4. 491, 3. 506. — 17 : 351, 2. 353, 3. — 18 : 352, 1. 490, 1. — 19 : 359, 6. — 20 : 391, 4. 21 : 406, 1. — 22 : 317, n. 392, 4. 395, 1.
26 : 392, 3.
27 : 302, 2.
28 : 199, 2. 392, 3.
29 : 185, 1.
30 : 305, 2. 306, 1. 382, 1.
31 : 284, 3. 322, 3.
36 : 115, 1. 299, 2. 417, 2.
37 : 299, 2.
39 : 55, 4. — *pr.* : 283, 3, 307, 2. 316, 1. — 3 : 113, 2. 359, 1.
40 : 133, 2. 318, n.
41 : 60, 1.
42 : 392, 4. 395, 1.
43 : 341, 3. 375, 2.
44, *pr.* : 53, 2. 80, 3. 81, 2. 309, 2. 380, 1. — 1 : 401, 1. — 2 : 226, 2. 229, 1. 357. — 3 : 361, 2. — 4 : 300, 2. — 5 : 205, 6. 351, 2. 353, 4. — 7 : 321, 1. 443, 1. — 8 : 205, 1. 321, 2. 442, 4.
45, 1 : 490, 1.
47, *pr.* : 305, 2. 360, 1. 400, 1.
49 : 61, 2. 359, 4. 360, 5. 437-438.
50 : 61, 3.
51, *pr.* : 305, 2. — 1 : 311, 1. 358, 2.
52, 2 : 301, 4. 305, 2. 307, 3. 393, 1. — 3 : 393, 3.
54 : 226, 3. 242, 3. 358, n. 384, 2.
55 : 392, 7. 496, 1.
57 : 304, 2. 412.
10, 3, 1 : 39, 2. 76, 1. 103, 3. 309, 2. 310, 3.
2, *pr.* : 52, 2. 66, 4. 67, 4 et 6. 75, 1. 105, 4. 106, 1. — 1 : 301, 1.
3, *pr.* : 309, 2. 335. 349, 3.

4, *pr.* : 136. 137. 157, 1. 310, 4. 434, 3. — 2 : 81, 1. 488, 1. — 3 : 309, 2. 311, 3. 316, n. 359, 3. — 4 : 191, 3. 267, 3.
5 : 191, 4. 267, 3. 312, 1.
6, *pr.* : 362, 3. 438, 3. — 1 : 367, 3. — 2 : 356, 4. 368, 3. — 3 : 360, 3. — 4 : 49, 1. 356, 1. 360, 4. — 5 : 49, 1. 356, 2. — 6 : 266, 2. 351, 1. 464, n. — 7 : 256, 3. 257, 3. 311, 3. 370, 2. 371, 3. — 8 : 182, 2. 244, 4. 306, 1. 409, 2. — 9 : 182, 2. 243, 4. 317, n. 392, 7. 409, 2. — 12 : 285, 1. 480, 1.
7 : 136. 318, n. — *pr.* : 175, 2. 497, 2. — 1 : 497, 4. — 2 : 138. 148, 2. 149. — 3 : 148-151. 193. — 4 : 143, 1 et 3. 149. 151, 3. 155, 1. 194, 3. 435, n. — 5 : 147, 1. 172, 1. — 6 : 185, 7. 318, n. — 7 : 162, 2. — 8 : 189, 3. — 9 : 149. 192. 193. — 10 : 162, 2. 397, 2. 400, 1. — 11 : 190, 1. 194, 2. — 12 : 179, 2. 186, 2. 394, 3. — 13 : 182, 2. 243, 5. 244, 4. 410, 3.
8, *pr.* : 383, 1. — 1 : 251, 2. 311, n. — 2 : 316, n. 321, 1. 350, 2. — 3 : 289, 3. 316, n. — 4 : 291, 2. 296, 4. 316, n. 353, 4.
9 : 368, 1.
10, *pr.* : 316, n. — 1 : 136. 174, 1. 175, 1. 399, 1. — 2 : 317, n. 393, 2. 406, 1.
11 : 322, 1. 356, 6.
12 : 72, 3. 92, 6. 321, 2. 348, 2. 440, 1.
13 : 382, 2.
14, *pr.* : 490, 1. — 1 : 307, 2. 316, 1. 320, 1. 321, 1. 363. 368. 370, 1. 436. 488. — 2 : 65, 2. 375, 1. 379, 5. 479, 3. — 3 : 65, 2. 307, 3.
15 : 289, 3. 322, n. 354, n. 441, 3.
18 : 392, 1.
19, *pr.* : 87, 5. — 1 : 306. 1. 382, 3. — 2 : 73, 1. 165, 1. 169, 2. 175, 1. — 4 : 167, 1. 170, 4. 175, 1. 305, 2. 398, 4.
20 : 316, n. 352, 1. 353, 2. 490, 1.
21 : 391, 3.
22 : 89, 1. 92, 6.
23 : 215, 2. 316, n. 321, 1. 324, 4. 351, n.
24, *pr.* : 235. 316 n. 356, 6. 488. — 1 : 367, 3.
25 : 73, 1. 291, 2. 368, 1.
26 : 312, 4. 321, 1. 324, 1. 352, 1. 490, 1.
27 : 47, 7. 264, 2.
28 : 49, 1. 322, n. 337, 2. 344, n. 438, 5. 484, 2. 506, 1.
29 : 316, 1. 362, 2. 367.
30 : 55, 4.
11, 1, 10 : 258, 1. — 20, *pr.* : 289, 3. — 20, 2 : 256, 3. 258, 1.
11, 2, 1 : 317, 1.
11, 3, 9, *pr.* : 73, 1. 324, 2. 350, 2. 437, 2. — 14, 2 : 289, 3. 324, 2. 325, 4.
11, 7, 2, 1 : 266, 2. 351, 1. 439, 2. 464, n. — 2, 5 : 380, 3. — 5 : 381, 2. — 6, *pr.* : 266, 2. 464, n. — 41 : 266, 2. 464. — 43 : 266, 2. 464-465.
11, 8, 1, 1 : 269, 3.
12, 6, 26, 4 : 376, 1.
13, 6, 5, 2 : 352, 4. — 5, 15 : 142, 2. 146, 4. 152, 2. 502.
13, 7, 11, 4 : 185, 5. 271, 2. 466, 1.
14, 1, 1 § 25; 2; 3 : 294, 1. 296, 4. — 20 et 42 : 294, 1.
14, 3, 2 : 73, 1. 291, 2. 296, 4. — 14 : 73, 1. 296, 1 et 4.
14, 4, 3, *pr.* : 294, 7.
15, 1, 11, 9 : 291, 2. — 12 : 293, 3. — 13 : 296, 4. — 15 : 291, 2. 293, 2. 296, 4. — 19, 2 : 73, 1, 327, 4 et 5. — 20 : 327, 4. — 27, 3 : 291, 2. — 27, 8 : 73, 1. 291, 293, 1 et 3. 296, 4. — 29, *pr.* : 328, 1. — 30, 1 : 292, 6. — 32 : 292. — 37, 2 : 296, 4. 51 : 291, 2.
15, 3, 13, 2 : 294, 4. — 14 : 294, 5.
15, 4, 5, 1 : 294, 6.
16, 3, 1, 36 : 205, 3. — 14 *pr.* : 205, 3. 481, 3. — 22 : 205, 4. 283, 3. 474, 1.
17, 1, 45, *pr.* : 354, 2. — 48 : 44, 5.
17, 2, 3, 1 : 15, 3. — 4 : 63, 3. 68, 3. 71, 4. — 7 : 49, 1. — 11 : 44, 3. — 14 : 65, 2. 379, 4. — 17, *pr.* : 73, 1. — 23, 1 et 26 : 393, 1. — 29, 1 : 49, 1. — 30 : 15, 3. 44, 3. 70, 2. — 31 : 44, 3. 65, 3. 66-68. 71, 6 et 7. 105, 3. 107, 3. 452, 4. — 32 : 65, 3. 68-69. 70, 2. 102, 1. 103. — 33 : 65, 3. 96, 1. 103. 106, 2. — 34 : 53, 1. 61, 4. 80, 3. 81, 2. 335, 1. — 35 : 97, 1. 101, 1 et 4. — 38, *pr.* : 49, 1. 306, 4. — 38, 1 : 73, 1. 312, 1. — 39 : 49, 7. 351, 1. 464, n. — 40 : 100, 2. — 43 : 39, 2. 76, 3. — 44 : 71, 7. — 45 : 324, 3. 325, 1. — 47, 1 : 323, 3. 325, 1. — 48, *pr.* et 1 : 49, 5. — 51 : 324, 3. — 52, *pr.* : 106, 1. — 52, 2 : 49, 5. — 52, 6 : 18, 2. 56. 113, 2. — 52, 8 : 18, 2. 49, 1. 56. 114. 1. — 52, 9 : 97, 1. — 52, 10 : 58, 1. 268, 1. — 52, 11 : 66, 5. — 52, 13 : 72, 3. 87, 2. 89, 1. 91, 2. 92, 6. 106, 1. — 52, 15 : 373, 2. — 59, *pr.* : 49, 1. 97, 1, 3, 4. — 60, 1 et 61 : 373, 2. — 62 : 49, 7. 101, 2. — 62, 10 : 65, 1. — 63, *pr.* : 49, 1. — 63, 8 : 64, 4. 97, 4.

99, 2. 101, 4. — 63, 9 : 49, 1. 62, 4. 101, 3. — 65, 2 : 102, 1. — 65, 5 : 479. — 65, 9 : 97, 1 et 2. — 65, 11 : 97, 1. — 65, 13 : 68, 3. 77, 1. 102, 1. — 67, *pr.* : 231, 2. 373, 2. — 67, 2 : 373, 2. — 68, *pr.* : 224, 2. — 70 : 374, 1. — 71 : 47, 7. 71, *pr.* : 70, 2. — 72 : 493, 3. — 75 : 15, 3. — 76 : 15, 3. 48, 1. 70, 2. 390, 1. — 78 : 48, 1. 412, 2. — 79 : 412, 3. — 80 : 48, 1. — 83 : 87, 5.

18, **1**, 78, 2 : 284, 3, 312, n. 369, 1.

18, **4**, 18 : 284, 2. 359, 5.

19, **1**, 13, 17 : 242, 4. 243, 5. 392, 7. 405. 410, 3.

19, **2**, 35, 1 : 215, 3. 324, 4. 350, 4.

19, **5**, 13, 1 : 70, 2.

20, **1**, 10 : 180, 1. 181, 1. 182.

20, **4**, 3, 2 : 244, 1. 409, 3. — 7, 1 : 179, 2. — 13 : 182, 3.

20, **5**, 11 : 183-184. 270, 3. 305, 5. 396, 4. — 14 : 183-184. 270, 3. 305, 5.

20, **6**, 7, 4 : 182, 2. 243, 6, 408, 2. — 8, 3 : 244, 5.

21, **1**, 31, 5 : 227, 2. — 31, 7 : 232, 2. — 31, 8 : 284, 4. — 31, 9 : 231, 6. — 31, 10 : 228, 1. — 44, 1 : 294, 8. 295, 4. 296, 4.

21, **2**, 10 : 217, 1. — 12 : 224, 4. — 62, 1 : 215, 5. — 64, 4 : 224, 3. 226, 3. 242, 5. — 65 : 284, 3. 351, 2. 490, 2. — 70 : 404, 3.

22, **1**, 25, *pr.* : 241, 2.

23, **2**, 45, 5 : 340, 5. — 46 : 504, 2.

23, **3**, 62 : 384, 4. — 78, 4 : 241, 1. 411, n.

26, **4**, 3, 4 : 248, 2.

26, **7**, 47, 6 : 113, 2.

26, **8**, 12 : 239, 3. — 20 : 375, 3.

27, **1**, 31, 4 : 114, 2.

27, **9**, 1, 2 : 375, 3. — 5, 16 : 80, 1. — 6 : 157, 2.

27, **10**, 7, 3 : 342, 2.

28, **2**, 11 : 4, 1.

28, **5**, 41 et 42 : 117, n. 121, 1. — 79, *pr.* : 305, 2. 391, 3.

28, **6**, 18, *pr.* : 458, 2. — 48 *pr.* : 122, 1. 232, 2.

28, **7**, 4, *pr.* : 377, 1.

29, **2**, 78 : 45, 1. 113, 2.

29, **5**, 16 : 277, 2.

30, 5, 1 : 504, 2. — 17, 2 : 392, 4. — 34, 10 : 246, 1. 503, 2. — 50, *pr.* : 234, 3. — 124 : 395, 2.

31, 34, 4 : 379, 1. — 66, 2 : 503, 1. — 76, *pr.* : 124, 2. 125, 2. — 77, 20 : 376, 1. — 87, 3 : 425, 2. — 89, 1 : 113, 2. 379, 3.

32, 11, 23 : 204, 2. 282, 3. 475, 1. — 24 : 204, 2. 282, 3. — 30, 5 : 378, 2. — 80 : 246, 1. 503, 2.

33, **1**, 7 : 321, 2. 442, 3. 443-444.

33, **2**, 31 : 306, 1. 408, 1.

33, **3**, 3 : 217, 1. — 4 : 89, 1. 92, 6, 110, 1. 266, 2. 321, 1. 347, n.

33, **5**, 8, 2 : 476, n.

34, **1**, 16, 3 : 248, 2.

35, **1**, 8 : 378, 2.

35, **2**, 1, *pr.* : 111, 3, — 49, *pr.* : 111, 6. 232, 2. — 49, 1 : 216, 1. — 73, 5 : 111, 4. — 80, 1 : 203, 2. 204, 1. 282, 2. 475.

36, **1**, 17, 17 : 273, 9. — 28, 11 : 132, 2. 133, 2. — 80, *pr.* : 379, 3.

36, **3**, 1, 16 : 262, 2.

36, **4**, 5, *pr.* : 187, 4. 188, 1. — 5, 1 : 189, 1. — 5, 2 : 188, 5. — 5, 11 : 259, 2. — 5, 22 : 188, 2. — 7 : 189, 2.

37, **1**, 2 : 130, 2.

37, **4**, 13, *pr.* : 129, 1.

37, **7**, 1, *pr.* : 392, 2.

37, **9**, 1, 16 : 188, 4.

37, **10**, 3, 13 : 129, 1.

38, **1**, 4 et 8 : 248, 2. — 15, 1 : 204, 4. 248, 2.

39, **1**, 3, 1 : 322, n. 331, 4. 346, 1. 348, 1. 439, 3. — 3, 2 : 216, n. 322, n. 332, 1. 346, 1. 348, 1. 439, 3. — 5, 5 : 285, 1. 480, 1. — 5, 6 : 216, n. — 5. 10 : 347, 3. — 18 : 285, 1. 480, 1. — 21, 5 et 6 : 285, 1.

39, **2**, 5, 1 : 255, 3. 258, 6. — 7, *pr.* : 191, 2. 255, 1. 258, 4. 259, 1. — 9, *pr.* : 186, 1. — 15, 12-13 : 259, n. — 15, 15 : 188, 3. — 15, 16 : 191, 2. — 15, 18 : 255, 4. 258, 5. 259, 1. 503, 2. — 15, 19 : 191, 5. 267. 3. — 15, 20 : 191, 2. — 15, 21 : 191, 1 et 2. — 18, 5 : 257, 1. — 18, 15 : 191, 2. 193, 3. — 27 : 256, 1. 258, 2. — 32 : 73, 1. 257, 2. 267, 2. 321, 1. 330, 1. 437, 2. — 35 : 92, 6. 269, 1. — 37 : 91, 5. 92, 6. 269, 1. — 38, 1 : 258, 7. — 39, *pr.* : 92, 6. 329, 4. — 40, 1 : 92, 6. 329, 2. — 40, 2 : 256, 6. — 40, 3 : 256, 5. — 40, 4 : 259, 1. — 41 : 92, 6. 267, 2. — 42 : 232, 2. — 43, 1 : 89, 1. 92, 4. 329, 1.

39, **3**, 6, 1 : 287, 3 et 6. 474, 1. — 6, 2 et 3 : 333, n. — 10, *pr.* : 483, 5. — 11, 1 : 287, 3 et 4. 288. — 11, 2 : 287, 4 et 6. — 11, 3 : 256, 1 et 3. 257, 2 et 6. 287, 4. 289, 3. — 11, 4 : 287, 3 et 6. — 11, 5 : 333, n.

39, **4**, 9 : 105, 1.

39, **5**, 13 : 107, 3. 232, 2.

40, **2**, 4, 2 et 1. 5 : 248, 2.

40, **4**, 48 : 248, 2.

40, **5**, 1 : 272, 3. 273, 1. — 2 : 126, 4. — 4, *pr.* : 126, 4. — 4, 9 : 231, 3. — 4, 21 : 127, 1. — 4, 23 : 126, 2. — 22, 1 : 272, 3. — 26, 7 : 272, 1. — 26, 9 : 272,

2. — 28, 3-5 : 273, 3-5. — 30, §§ 1, 4, 5, 6, 7, 8 : 273, 274. — 49 : 274, 4. 351, 2. — 51, 4-6 : 273, 3. — 51, 8 : 273, 5.
40, 7, 3, 4 : 351, 2. 353, 3.
40, 12, 8, 1 : 252, 2. — 9, 1-2 : 253, 1. — 30 : 252, 2 et 3. 459, 1 et 2.
41, 1, 5, 1 : 144, 2. — 7, 3 : 84, 3. — 7, 8 et 9 : 83, 3, 311, n. 421, 1. — 7, 13 : 87, 5. — 8, 1 : 87, 5. — 23, 3 : 236, 3. 238, 3. — 29 : 84, 2. — 37, 1 : 232, 2. — 37, 2 : 236, 3. — 37, 3 : 237, 1. — 37, 4 : 234, 4. — 45 : 235. 236, 6. 488. — 63, 1 : 234, 3.
41, 2, 1, 7 : 236, 4. — 3, 2 : 153, 4. — 3, 5 : 142, 1. 146, 4. 503, n. — 3, 8 : 146, 3. — 3, 7 : 146, 2. — 3, 23 : 187, 4. — 6, 1. 146, 2. — 10, 1 : 187, 4. — 18, 3 : 146, 2. — 25, 2 : 146, 2 et 3. — 26 : 153, 2 et 5. — 46 : 146, 2.
41, 3, 17 : 402, 2. — 32, 2 : 153, 3. 154, 1.
41, 4, 6, 1 : 153, 2. 154, 1.
41, 5, 2. *pr.* : 187, 4.
41, 7, 3 : 245, 1.
42, 4, 12 : 187, 2 et 4.
43, 2, 1, 1 : 130, 1.
43, 12, 1, 6 : 85, n.
43, 17, 1, 1 et 4 : 349, 1. — 1, 7 : 154, n. — 1, 9 et 1. 2 : 143, 1. — 3, *pr.* : 143, 1. 145, 1. 146, 3 et 4. 348, 3. — 3, 8 : 188, n.
43, 18, 1, 8 : 176, 5. 318, n.
43, 20, 1, 22 : 328, 4. — 1, 26 : 328, 4. — 4 : 160, 1. 164, 3. 165, 1. 168, 2. 214, 1. 318, n. 328, 5. 398, 3. — 5, *pr.* et 1 : 215, 1. 398, 4.
43, 24, 13, 3 : 348, 4. — 15, 2 : 204, 5. 282, 4. 474, 1.
43, 26, 15, 4 : 146, 1, 147, n. — 19, *pr.* : 143, 2; 146, 4. 152, 1. 503, n.
43, 33, 1, 1 : 179, 1. 180 : 1. 181, 1. 182. — 1, 2. 182, 2.
44, 7, 5 : 55, 1. 449, 2. — 35 : 150, 8. — 37, 1 : 300, 3. 447, 1. — 46 : 96, 2. — 57 : 45, 1. 52, 1. 61, 4. 71, 1.
45, 1, 2 : 200-202. — 2, 1 : 203, 5. — 2, 2 : 281, 1. — 2, 4 : 203, 5. — 2, 5 : 205, 5. 351, 2. 353, 1. — 2, 6 : 205, 5. 283, 2. 473, 5. — 4, 1 : 284, 1. — 4, 2 : 205, 2. — 5, 3ª et 4 : 284, 1. — 42 : 285, 1. — 54, *pr.* : 198, 1. 202, 1. — 72, *pr.* : 202. 204, 3. 282, 5. 472, 2. — 85, 2 : 282, 4. — 85, 3 : 205, 6. 351, 2. — 85, 5 : 215, 5. 474, 1. — 85, 6 : 284, 1 et 3. — 122, 3 : 382, 4. 477, 2. — 122, 6 : 388, 2. — 139 : 205, 2. 215, 5. 474, 1. — 140, 2 : 332, 2.
45, 2, 17 : 395, 3.
45, 3, 1, 2 : 239, 4. — 4 : 239, 6. — 5 : 234, 3, 237, 6. 238, 1. 503. — 6 : 237, 3. — 7, *pr.* : 234, 3. 237, 6. 238, 1. — 7, 1 : 239, 2. — 8 : 239, 2. — 9, *pr.* : 239, 3. — 17 : 239, 2. — 18, *pr.* : 239, 1. — 18, 1 : 239, 3. — 19 : 236, 3. 246, 1. — 27 : 236, 2. — 28, 1 : 73, 1. 236, 1. 321, 1. 356, 6. — 28, 3 : 237, 1. — 29 : 234, 1. — 32 : 158, 1. 161, 3. 239, 5. 318, n. 356, 6. — 33 : 237, 6. — 37 : 235, 1. 460, 2.
46, 3, 81, 1 : 205, 3. 481, 3.
46, 5, 2, 1 : 285, 1. — 2, 2 : 256, 3. 258, 2.
47, 2, 43, 12 : 325, 4. 326, n. — 45 : 324, 3. — 50, *pr.* : 394, 1. — 62, *pr.* : 321, 1. 325, 1. 326, n.
47, 7, 6, *pr.* : 263, 3. — 6, 2 : 88, n.
47, 10, 15, 36 : 264, 2. 325, 1. 327, 2. — 15, 49 et l. 16 : 262, 3. — 17, 9 : 326, n. 327, 1. — 45 : 325, 1.
48, 20, 7, *pr.* : 4, 1.
49, 17, 18, 2 : 375, 3.
50, 1, 7 : 248, 2. — 21, 2 : 359, 1.
50, 4, 15 : 359, 1.
50, 16, 25, 1 : 504, 2. — 49 : 140, 3. — 130 : 116, n. — 138 : 130, 2. — 142 : 182, 1. — 170 : 130, 2. — 195, 1 : 27, 3. — 226 : 491, 1. — 239, 9 : 504, 2.
50, 17, 11 : 224, 2. — 23 : 352, 3. 490, 1. — 141 : 503, n.

Donatus, *Vita Virgilii*, 37 : 119, 5.

Dosithée, *Fragments* dits de —, 9 : 250, 2. — 10 : 248, 2 et 3. 249-250. — 11 et 12 : 250, 2. — 13 : 250, 1 et 2. — 15 et 16 : 250, 2.

Festus, *de verb. signif.*, v^is^ :
Ambitus : 86, 3. — Arbiter : 305, 1.
Disertiones : 25, 3. — Duicensus : 17, 4.
Familia : 27, 3.
Insulae : 87, 1.
Sors : 12, 2.
Taxat : 306, 2.

Fragmenta Vaticana, 37 : 226, 1. — 47ª : 401, 1. 407. 1. — 77 : 503, 2. — 282 : 224, 3. 243, 2. — 286 : 425, 3.

Frontin, *de aquis*, 109 : 165, 1. — *de controv.*, I, 15, 6 : 32, 1. — II, 48, 21-26 : 32, 2.

Gaius, *Institutes*, **I**, 41 : 250, 1. — 111 : 27. — 188 : 44, 1. 50, 4. 51, 2.
II, 3-4 : 380, 2. — 21 : 139, 6. — 22 : 401, 3. — 24 : 15, 4. 401, 3. — 38 : 401, 3. — 115 :

109, 3. — 152 : 14, 2. — 157 : 4, 1. — 167 : 122, 2. — 177 : 123, 1. — 178 : 123, 2. — 199 : 109, 2. — 201 : 261. — 203 : 426, 3. — 205 : 109, 2. — 219 : 11, 5. 26. 27. 110, 3. 115, 1. 392, 4. — 221 : 111, 1. — 227 : 111, 3. — 253 : 133, 1. — 264 et 265 : 274, 2.

III : 8 : 118, 3. — 17 : 118, 2. — 33[b] et 34 : 131, 1. — 78 : 130, 2. 131, 2. — 78-81 : 431, 3. — 122 : 29, 3. — 135 : 54, 3. — 145 : 106, 2. — 148 et 149 : 15, 3. — 154 : 51-52. 61, 4. 71, 2. 248, 1. — 167 : 234, 3. 237, 1. — 167[a] : 237, 3. — 170 : 51, 3. 170, 4. — 183 : 51, 2.

IV, 1 : 51, 1 et 2. — 5 : 150, 6. — 12 : 306, 2. — 19 : 300, 4. — 20 : 306, 2. — 26 : 23, 1. — 30 : 38, 3. — 36 : 150, 7. — 42 : 115, 1. 299, 2. 302, 2. — 50-51 : 472, 3. — 53[a] : 251, 2. — 53[d] : 51, 2. — 62 : 306, 4. 307, 1. — 136 : 472, 3. — 160 : 300, 5.

Glose des Instit. de Turin, gl. 438 et 457 : 452, 3.

Horace, *Odes*, 3, 24, v. 59-60 : 12, 1.

Hygin, *De Lim. Const.*, 201, 12 : 32, 1.

Institutes de Justinien, I, 5, 3 : 250, 1.

II, 1, 9 : 463, 1. — 1, 22 : 422, 2. — 1, 27 : 421, 1. — 1, 28 : 422, 1. — 1, 39 : 82, 2. — 1, 40 : 140, 1. — 7, 4 : 248, 2. 276, 3. 455, 2. — 14, 3 : 459, 3. — 15, 4 : 121, 1. — 19, 7 : 3, 5. — 20, 2 : 426, 1. — 20, 7 : 426, 3. — 20, 8 : 426, 4.

III, 12 : 431, 3. — 17, 3 : 237, 4. — 25, 9 : 54, 2. 493, 3. — 27, *pr.* : 452. — 27, 3-4 : 55, 2. 449, 3. — 27, 5 : 452. — 28, 3 : 237, 4. — 29, 2 : 499, 1.

IV, 4, 4 : 262, 3. — 6, 4 : 150, 9. — 6, 17-19 : 447, 1. — 6, 20 : 434, 4. 446. 495, 1. — 6, 28 : 486, 2 et 3. — 17, 4-5 : 392, 7. 495, 2 et 5.

Livre syro-romain, L. 98, Arm. 132 : 268, 1.

Lex Rubria de Gallia Cisalpina, Ch. 20 : 258, 4. — 21 et 23 : 299, 1.

Loi de Gortyne, V, 25, 31-32 : 7. — 33-34 : 8.

Loi des XII Tables, II, 2 : 306, 2. — V, 3-5 : 115, 2. 117, 1. — 9 : 196, 1.
VII, 5 : 305, 4. — 5[b] : 305, 3.
IX, 3 : 306, 2.
XII, 3 : 305, 4 et 5.

Nonius Marcellus, *Compendiosa doctrina*, 292 : 303-304.

Novelles, Théodosienne, 16, 1, 5 : 429, 4. 494, 2.
de Valentinien III, n° 31 : 467, 3.
de Justinien, 53 : 433, 5. — 107 : 430. 494. — 117 : 433, 5.

Papyri : *B. G. U.*, 86 : 390, 4. — 183 : 390, 6. — 234 : 386, 3. — 241 : 386, 3. 388, 4. 389, 2 et 3. — 326 : 108-109. — 444 : 386, 3. — 1037 : 386, 3. — 1575 : 386, 2. 389, 2.
C. P. R., 11 : 386, 3. 387
P. Ahm., 99 : 386, 3. 387.
P. Eleph., 2 : 9, 4.
P. Fayum, 93 : 232, 1.
P. Fior., 50-51 : 386, 3.
P. Giss., 255 : 390, 4.
P. Hamb., 16 : 224, 2. — 65 : 386, 3.
P. Lips., 26 : 386, 3.
P. Lond., 233 et 293 : 386, 3. — 978 et 1313 : 494, 1. — 1977 et 1983 : 243, 6.
P. Louv., 20 : 494, 1.
P. Michigan : 98-99 : 386, 3.
P. Oxyr., 49 : 248, 2. — 503 : 386, 3. — 713 : 385, 5. — 274 : 388, 3. — 716 : 275, 1. — 493 : 390, 5. — 1278 : 209, 1. 386, 3. 397, 3. — 1637 : 386, 3. — 1638 : 386, 3. 403.
P. Ryl., 156 : 386, 3. — 157 : 382, 3. 386, 3.
P. S. I., V, 452 : 458, 1. — 1182, l. 11 : 71, 2. — 13 : 268, 3. — 14 : 44, 6. — 17-22 : 11. — 24-25 : 3, 3. — 28-32 : 13, 1. — 38-44 : 18-19. — 178-181 : 23, 2. — 185-187 : 24, 4. — 190-191 : 25, 5. — 193 : 51, 2. — 195-197 : 22. 37, 2. — 198-201 : 38, 1. — 201-203 : 24, 4.
P. Stras., 29 : 386, 3. 387.
P. Teb., 319 : 389, 2 et 4. — 382 : 385, 5. — 383 : 386, 3.

Plaute, *Mercator*, 444-448 : 34, 3.
Rudens, IV, 3 : 34.

Pline, *Hist. Nat.*, 19, 4, 50 : 89, 3. — 35, 14, 173 : 91, 2.

Pline, *Epist.*, VIII, 18, 4 : 12, 2.

Quintilien, *Inst. Orat.*, III, 10 : 302, 2.

Règles d'Ulpien, 1, 18 : 248, 2 et 3. — 19, 16 : 115, 1. 299, 2. — 22, 34 : 117, n. 123, 3. — 24, 12 : 110, 1. 246, 1. 503, 2. — 24, 13 : 109, 2. — 24,

25 : 111, 7. — 26, 1 : 4, 1.

Sénèque, *de Benef.*, 3, 7, 5 : 304, 6. 305, 1. — 6, 19 : 12, 1. — 7, 12 : 41, 2. — 7, 12, 5 : 13, 2.

fr. 90 (*ed. Hasse*) : 304, 5.

Sentences de Paul, I, 18, 1 : 81, 1. — 18, 4 : 383, 3.

III, 6, 1 : 392, 4. — 6, 25 : 159, 2.

IV, 12, 1 : 248, 2. — 12, 5 : 264, 2.

V, 1ª, 1 : 105, 1. — 6, 3 : 27, 2. — 10, 2 : 89, 1. 90, 2. 92, 6. 269, 3. 480, 2.

Servius, *ad Aen.*, 8, 642 : 11, 3.

Suétone, *Claude*, 28 : 12, 1.

Tacite, *Annales*, 15, 43 : 94, 1. *Histoires*, 1, 86 : 91, 1.

Térence, *Adelphes*, 4, 2, 39 : 93, 3.

Théophile, *Paraphrase des Institutes*, III, 27, 3 : 452. — IV, 6, 20 : 447, 3.

Tibulle, II, 5, v. 23-24 : 12, 2.

Tite-Live, 3, 31 : 90, 2. — 23, 48-49 : 40, 1. — 24, 11 : 17, 4. — 27, 10 : 40, 1. — 41, 27, 2 : 12, 2.

Valère-Maxime, 4, 4, 8 : 16, 2.

Valerius Probus [*de Jur. Not.*], 4, 8 : 25, 5. 306, 2.

Varron, *de ling. lat.*, V, 22 : 86, 3. — VI, 64 : 12, 2. — VII, 93 : 304, 2.

Rerum rust. libri III, I, 10, 2 : 29, 1. — I, 17 : 17, 1. — III, 16 : 16, 2.

Vitruve, II, 8 : 89, 3. 90, 4. 91, 2. 306, 1.

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

BIBLIOGRAPHIE.... I

AVANT-PROPOS. — But, méthode et plan..... XVII

INTRODUCTION HISTORIQUE. — Les formes premières de l'indivision..... 1

Propriété familiale et indivision, p. 1. — Les communautés fraternelles en Orient, p. 5; — dans la loi de Gortyne, p. 7; — à Athènes et à Sparte, p. 8. — Communauté familiale primitive à Rome : le *consortium*, p. 10. — Ses deux formes, p. 10. — Raisons de son existence, p. 16. — Composition et administration, p. 17. — Partage, p. 21. — Apparition de l'action *familiae erciscundae*, sa procédure, ses effets, p. 22. — Autres formes d'indivision, p. 31. — Les territoires conquis, p. 32. — Indications fournies par Plaute, p. 34.

CHAPITRE I. — Indivision et société..... 36

La conquête du bassin méditerranéen transforme les conditions économiques et sociales, p. 36. — Création de l'action *communi dividundo*, p. 37. — Apparition des sociétés, p. 39. — Les jurisconsultes ont-ils distingué l'indivision et la société? p. 40.

I. — *Position des premiers jurisconsultes classiques* : Q. Mucius Scaevola, p. 43. — Les plaidoyers de Cicéron, p. 45. — Alfenus Varus, p. 47. — Proculus, p. 48.

II. — *L'influence de l'Édit perpétuel*, p. 48. — **1.** Celse, Pomponius, Julien, Marcellus, p. 49. — **2.** Gaius, p. 50. — **3.** L'indivision n'est pas une catégorie juridique distincte, p. 54.

III. — *La doctrine classique au début du IIIe siècle*, p. 55. — **1.** Papinien, p. 56. — **2.** Paul, p. 59. — **3.** Ulpien, p. 60. — **4.** Différence entre la société et l'indivision d'après Paul et Ulpien, p. 61.

Pages.

IV. — *Critère entre la société et l'indivision*, p. 70.
V. — *Rôle de l'action « communi dividundo » dans la société*, p. 72.

CHAPITRE II. — Principales situations donnant naissance à l'indivision 78

Les classifications habituelles, leur valeur : *Communio pro diviso* et *pro indiviso*, p. 78. — Indivision héréditaire et indivision limitée à certains biens, p. 80.

SECTION I. — Indivision limitée a certains biens 82

§ 1. — *Indivision résultant d'un mode originaire d'acquérir la propriété.*

Occupation. — Découverte d'un trésor. — Confusion et mélange. — Émergence d'une île dans une rivière.

§ 2. — *Le voisinage* 85

La contiguïté sans indivision, l'*ambitus*, p. 86. — Passage de ce régime à celui de la mitoyenneté; causes de cette transformation, p. 88. — Date, p. 91. — Obstacle à cette évolution : les prescriptions de Néron et de Marc-Aurèle, p. 92.

§ 3. — *La société comme source d'indivision* 95

Société n'ayant pu se former, p. 95. — Indivision faisant suite à la dissolution de la société, p. 96. — Dissolution de la société par le décès d'un associé, exception : l'*adscriptio* dans les sociétés de publicains, p. 97. — Opérations faisant suite à la dissolution de la société, p. 100. — L'indivision dans la période de liquidation, p. 101. — Indivision *in conductionibus publicorum*, p. 103.

§ 4. — *Les achats faits en commun* 105

Acquisition par plusieurs personnes, p. 105. — Acquisition de parts indivises, p. 107.

§ 5. — *Les donations et les legs* 107

La *donatio Syntrophi*, p. 108. — Legs de part indivise, p. 108. — Pluralité de légataires, p. 109. — Réduction du legs, en vertu de la *lex Falcidia*, p. 111. — Fidéicommis à titre particulier, p. 112.

SECTION II. — L'indivision successorale 112

Son importance, p. 113. — Ses différentes causes, p. 114.

I. *La succession du droit civil*, p. 115. — **1.** Succession *ab intestat*, p. 117. — **2.** Importance plus considérable de la succession testamentaire, p. 118. — Indivision entre institué et substitué, p. 121. — **3.** Concours d'héritiers testamen-

Pages.

taires et d'héritiers *ab intestat* au cas de *querela inofficiosi testamenti*, p. 123. — 4. La Constitution de Marc-Aurèle sur l'*addictio bonorum libertorum servandorum causa*, p. 125.

II. *La bonorum possessio*, p. 127. — L'indivision entre *b. p.* était-elle, dès l'époque classique, soumise à l'action *F. E.*? Textes l'affirmant, p. 128. — Doutes soulevés par le caractère particulier de la *b. p.*, p. 129.

III. *Le fidéicommis d'hérédité*, p. 132.

CHAPITRE III. — La reconnaissance progressive de l'indivision pour les divers droits..... 135

SECTION I. — La propriété et la possession..... 137

I. *La propriété*, p. 137. — Propriété quiritaire, p. 137. — Propriété prétorienne, p. 138. — Propriété pérégrine, p. 138. — Propriété provinciale, p. 139.

II. *La possession*, p. 140. — Concours de deux possessions de nature différente, p. 142. — Divergences entre les jurisconsultes à son égard, p. 142. — Concours admis au cas de précaire par Sabinus, p. 145. — Concours au cas de possession clandestine, p. 146. — Ulpien refuse l'action *C. D.* pour ces situations, p. 147. — La copossession, D. 10, 3, 7, 3, p. 148. — La possession n'existe pas *in solidum*, au profit de chaque copossesseur, p. 152. — Elle ne peut s'exercer sur une *pars incerta*, p. 153. — Cas où elle est impossible, p. 155.

SECTION II. — Les « jura in re aliena »..... 156

Développement jurisprudentiel.

1. *L'usufruit*, p. 157. — L'indivision est niée par Sabinus, mais reconnue par Celse, p. 158. — Influence de Julien en faveur de sa reconnaissance, p. 159. — Celle-ci reste discutée au début du IIIe siècle, p. 161.
2. *Les servitudes*, p. 162. — Difficulté d'en reconnaître l'indivision, p. 162. — Servitude indivise et pluralité de servitudes sur le même fonds, p. 163. — Influence prépondérante de Julien, p. 167. — L'absence de *communio* laisse certains jurisconsultes hésitants, p. 169.
3. *L'usage*, p. 172. — Texte de Paul reconnaissant l'emploi de l'action *C. D.*, p. 174.
4. *Jus in agro vectigali et superficie*, p. 175. — L'indivision est certaine pour le premier à partir d'Ulpien, p. 175. — Elle est tardive pour la superficie, mais est sans doute reconnue dès l'époque classique, p. 176.
5. *Le pignus*, p. 179. — Précisions de la notion d'indivision du *pignus*, p. 179. — Elle est reconnue à la fin du IIe siècle, p. 183. — Rôle de la fiducie, p. 184.

Pages.

SECTION III. — La détention 186

Indivision entre envoyés en possession, p. 186. — Le cas du *damnum infectum*, p. 190. — Refus de l'action *C. D.* aux fermiers, dépositaires, précaristes, p. 194. — Elle leur serait peu utile, p. 194.

SECTION IV. — Les obligations 196

L'indivision est ici peu fréquente, p. 196. — Elle résulte de l'objet de l'obligation, p. 198. — Les conceptions de Paul et d'Ulpien, p. 199. — Exemples d'obligations indivisibles : obligation de *dare*, p. 203; — de *facere*, p. 204; — de *non facere*, p. 205.

CHAPITRE IV. — L'administration du patrimoine indivis et les droits des indivisaires 207

INTRODUCTION. — Absence d'organisation conventionnelle préalable; rôle de la jurisprudence; méthode et plan 207

SECTION I. — Le concours de tous a l'acte 214

I. *L'unanimité.* Réglementation de la jouissance, p. 214. — Constitution de servitude, p. 215. — Constitution par actes successifs, p. 217. — Extinction des servitudes, p. 223. — Concours pour opérer une aliénation, p. 224. — Constitution d'Alexandre Sévère en faveur des domaines du fisc, p. 225. — Accord nécessaire pour intenter les actions *quanti minoris* ou *redhibitoria*, p. 227. — Autres exemples de cette collaboration, p. 228.

II. *La majorité.* A l'époque classique, son autorité résulte d'une clause expresse, p. 228. — Exemple fourni par la *donatio Syntrophi*, p. 230.

III. *Le mandat et la gestion d'affaires.* Les curateurs du *testamentum Dasumii*, p. 230.

SECTION II. — L'utilisation de l'esclave commun 232

Avantages qu'elle présente, p. 232.

I. *L'esclave, instrument d'acquisition au profit de tous*, p. 233. Répartition *pro dominica parte*, p. 234. — Modifications conventionnelles; acquisition *ex re unius*, p. 235.

II. *Utilisation de l'esclave au profit d'un seul de ses maîtres*, p. 236. — *Nominatio*, p. 237. — *Jussum*, p. 237. — Cas où l'acte ne peut profiter qu'à un seul, p. 238. — Conflits entre ces divers cas, p. 239.

SECTION III. — L'activité individuelle 240

§ 1. — *Acte accompli « pro parte »* 241

A. Transfert du droit, p. 241.

Pages.

B. Renonciation et perte de son droit, p. 244. — La question de l'accroissement, p. 245. — **1.** Non-usage des servitudes, p. 246. — **2.** Affranchissement *pro parte* de l'esclave commun, p. 248. — La part du *manumissor* accroît aux autres, p. 248. — Nullité de l'affranchissement *inter amicos*; théorie divergente de Proculus, p. 249.

C. Actions en justice, p. 251. — **1.** *Vindicatio pro parte*, p. 251. — *Vindicatio in servitutem*, p. 252. — **2.** *Damnum infectum*, p. 254. — Le caractère pécuniaire de la *cautio* permet de la fournir *pro parte*, p. 255. — Témoignage de Sabinus et de Julien, p. 256. — Faculté de fournir la *cautio in solidum*, p. 257. — Evaluation de la *pars*, p. 258. — Effet particulier de la *missio in possessionem*, p. 258. — **3.** Protection des légataires, p. 259. — Différence avec le cas du *damnum infectum*, l'obligation de *dari fieri*, p. 261.

§ 2. — *Acte accompli* « *in solidum* » 262

A. Actes matériels, p. 264. — Usage du bien commun, p. 264. — Hésitation à autoriser certains actes dangereux, p. 265. — Réparations, p. 267. — Modifications de l'immeuble commun, p. 268.

B. Actes de disposition juridique; ils sont exceptionnellement possibles *in solidum*, p. 270. — **1.** Vente du gage, p. 270. — **2.** Evolution des règles sur l'affranchissement du *servus communis*, p. 272. — Mesures de Trajan, Hadrien, Antonin en faveur des affranchissements fidéicommissaires, p. 272. — Le système du rachat, p. 274. — Généralisation de cette pratique sous les Sévères, p. 275.

C. Les actions en justice, p. 277. — I. Actions à objet indivisible, p. 278 (confessoire et négatoire; sanctionnant une obligation indivisible; *nuntiatio operis novi*; action *aquæ pluviæ arcendæ*; action noxale). — II. Faculté d'exercer *in solidum* des actions dont l'objet est divisible, p. 290 (action *de peculio*, *exercitoria*, *institoria*, *tributoria*, *quod jussu*, vente d'esclaves). — Motif : le caractère commercial de ces actions, p. 295.

Conclusion : Variété des solutions jurisprudentielles dictées par la nature de la situation à régler, p. 297.

CHAPITRE V. — Les actions sanctionnant l'indivision.. 298

SECTION I. — Caractères généraux des actions *F. E.* et *C. D.*.. 299

1. *Double rôle des parties*, p. 299.

2. *Caractère arbitral*, p. 303. — Les actions *F. E.* et *C. D.* ne figurent pas parmi les actions de bonne foi, p. 307. — Raison historique, p. 308.

Pages.

3. *Double objet de l'action*, p. 309. — Elle ne permet à l'origine que le partage, p. 310. — Règlements des faits de gestion, p. 311. — Connus de Labéon, p. 311. — Peut-être plus anciens, p. 312. — Leur introduction fut facilitée par le droit de condamner à des soultes, p. 314. — Leur expression dans la *demonstratio*, p. 315.

SECTION II. — Actions autorisées au cours de l'indivision..... 318

1. *Impossibilité d'intenter les actions en partage*, p. 318.
2. *Actions sanctionnant les rapports des indivisaires entre eux*, p. 323. — Actions *legis Aquiliæ*, *servi corrupti*, *locati conducti*, p. 324. — Les actions noxales sont impossibles, p. 325. — de même l'action *de peculio*, p. 327. — Interdits, p. 328. — *Cautio damni infecti*, p. 329. — Opinion divergente de Gaius, p. 330. — Impossibilité d'exercer l'*operis novi nuntiatio*, p. 331.

CHAPITRE VI. — Le règlement des faits de gestion.. 335

SECTION I. — L'acte abusif et la « prohibitio »..... 336

I. *Nature de la prohibitio*. La règle de Sabinus, p. 337. — 1. Sens de *jure facere*, p. 338. — 2. Sens de *invito altero*, p. 340. — 3. Supériorité du *prohibens*, p. 344. — 4. Actes pour lesquels la *prohibitio* est attestée, p. 345.
II. *Sanction de la prohibitio*, p. 346.

SECTION II. — Responsabilité des indivisaires... 349

1. Responsabilité délictuelle, p. 350. — 2. Responsabilité contractuelle, p. 350. — Elle s'étend au dol et à la faute, p. 351. — Montant du recours, p. 352. — Exercice, p. 353.

SECTION III. — Règlement des profits et dépenses résultant de la gestion..... 354

I. *Fondement*, p. 354.
II. *Actes y donnant lieu*; enrichissement, p. 355. — Difficulté particulière concernant la vente, p. 356. — Dépenses, p. 359.
III. *Conditions d'exercice* : 1. Acte fait pendant l'indivision, p. 359. — 2. En connaissance de cause, p. 360. — Cas où il y a erreur sur le *socius*, p. 362. — D. 10, 3, 14, 1, p. 363. — 3. Acte ne pouvant être accompli *pro parte*, p. 368. — Difficulté à apprécier la *cogens necessitas*, p. 369. — L'exemple de la *cautio damni infecti*, p. 370.

CHAPITRE VII. — Le partage..... 374

SECTION I. — Le droit au partage 374

« *In communionem nemo compellitur invitus detineri* », p. 375. — Clauses permettant de restreindre ce droit, p. 377. — Indi-

Pages.

vision imposée pour un certain temps, p. 377. — Exclusion de certains biens du partage, p. 380. — Les tombeaux indivis, p. 380. — Partage opéré seulement à l'égard de certains *socii*, p. 383.

SECTION II. — Les modes de réalisation du partage..... 384

Procédés indirects : vente, échange, p. 384.

I. *Partage conventionnel*, p. 385. — La pratique égyptienne, p. 385.

II. *Partage opéré par un tiers*, l'arbitre, p. 389. — Le donateur et le testateur, p. 390.

III. *Partage judiciaire*, l'*officium judicis*, p. 391. — Principe d'évaluation, p. 393. — Cas particuliers : attribution des créances ou dettes à un seul, p. 395. — Répartition de l'usufruit, p. 396. — Des servitudes, p. 398. — De l'usage, p. 399. — Prestations de promesses, p. 399.

SECTION III. — Effets du partage..... 400

I. *Effets entre les parties*, p. 400. — Effet translatif, p. 402. — La garantie d'éviction, p. 402. — Elle existe dans le partage conventionnel, p. 403. — Mais pas dans le partage judiciaire, p. 405.

II. *Effets à l'égard des tiers*. Les charges réelles subsistent identiques, p. 407. — Opinion contraire de Trebatius. Elle fut repoussée, p. 408.

III. *L'erreur et la lésion dans le partage*, p. 411. — **1.** Partage conventionnel; l'irrévocabilité du partage n'est mise en échec que par la fraude, p. 412. — L'opinion de Modestin, p. 413. — Recours accordés par Dioclétien, p. 414. — La lésion suppose un dol, p. 416. — **2.** Partage judiciaire, impossibilité d'un recours pour erreur ou lésion, p. 416.

CHAPITRE VIII. — Les transformations de l'indivision au Bas-Empire..... 419

Aperçu général..... 419

SECTION I. — Nouvelles causes d'indivision..... 421

Solutions classiques conservées, p. 421. — Indivision résultant de limitation du droit de disposer, p. 423. — La const. de 529 sur l'insinuation des donations, p. 423. — La généralisation du système de la *querela inof. test.*, p. 425. — Conséquences de la réforme de 529 concernant les legs, p. 426. — Indivision entre *bonorum possessores*, date où l'emploi de l'action *F. E.* est certain, p. 427. — Les *ceteri honorarii successores*, p. 431. — La quarte Antonine, p. 432.

SECTION II. — Les transformations des actions en partage et la reconnaissance de l'obligation « quasi ex contractu »..... 435

Pages.

§ 1. — *L'action en partage « manente communione »*, p. 436.

Interpolation de textes pour autoriser un recours pendant l'indivision, p. 437. — Sanction de la *prohibitio* par l'action *C. D.*, p. 439. — Emploi de l'action pour obliger à un fait, p. 440. — La reconnaissance des *praestationes* comme élément indépendant, p. 445. — Elle explique l' « action mixte », p. 446.

§ 2. — *L'indivision, obligation « quasi ex contractu »*, p. 449.

Absence de valeur scientifique de cette classification, p. 451. — Le quasi-contrat d'indivision, p. 452.

SECTION III. — LES NOUVEAUX PRINCIPES DE GESTION ET LES RAPPORTS ENTRE INDIVISAIRES..... 453

§ 1. — *L'influence des principes étrangers à l'indivision*, p. 455.

1. L'affranchissement de l'esclave commun et le *favor libertatis.* Les constitutions de 530, p. 455. — Influence du *favor libertatis* sur le procès de liberté, p. 458.

2. Les acquisitions par l'intermédiaire de l'esclave commun, p. 459. — Sens de la stipulation *L. Titio et G. Seio, dominis meis*, p. 460. — Concours du *jussum* et de la *nominatio*, la solution de Justinien, p. 460.

3. L'ensevelissement sur le fonds commun, p. 463.

§ 2. — *Progrès de l'indépendance des indivisaires*, p. 465.

Atténuation des effets de l'indivisibilité du gage, p. 466. — Inconvénients de l'action *in solidum*, p. 466. — Essais de réforme de Constantin, leur échec, p. 467. — Système de l'action indivisible *petitione*, mais divisible *solutione*, p. 469. — Action confessoire de servitude, p. 471. — Sanction d'une obligation indivisible, p. 471. — De la violation d'une promesse de *non facere*, p. 473. — Exécution des legs, p. 475.

§ 3. — *Les tendances à l'organisation du groupement*, p. 476.

La constitution de Constantin sur le droit de retrait, p. 477. — Son échec, p. 478. — Apparition d'une notion d'intérêt collectif, p. 479. — Reconnaissance des droits de la majorité, p. 480.

SECTION IV. — LE CARACTÈRE DE BONNE FOI DES ACTIONS EN PARTAGE ET LES NOUVELLES RÈGLES DE RESPONSABILITÉ..... 485

Interpolations faisant des actions en partage des *judicia bonae fidei*, p. 485. — Importance limitée de cette réforme, p. 489.

Atténuation de la responsabilité : la *diligentia quam suis*, p. 490. — Son fondement, p. 492.

APPENDICE. — LE PARTAGE..... 494

Ses formes, p. 494.

Pages.

Tendances à éviter les morcellements dommageables, p. 495.
Extension au partage judiciaire de la garantie d'éviction, p. 497.
Stipulation écartant toute contestation ultérieure, p. 499.

CONCLUSION 500

Les divers régimes juridiques de l'indivision en droit romain, p. 500. — La nature juridique de l'indivision, p. 501. — Elle reste imprécise dans les textes, p. 502. — Comment notre ancien droit revint aux solutions romaines, p. 505.

TABLE DES TEXTES..... 509

Bar-le-Duc. — Imprimerie Contant-Laguerre. — 1934

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE
LVX VITAM
BAR-LE-DUC